Die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht bei der offenen Handelsgesellschaft.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Erwin Leyser
Referendar in Chemnitz.

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

Chemnitz
Buchdruckerei Wilhelm Adam
1915.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546828_0048

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet.

Verzeichnis der benutzten Literatur.

Anschütz und v. Völderndorff, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch Bd. 2, Erlangen 1870.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, Bd. I, Berlin und Leipzig 1886.
Brand, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, Berlin 1911.
Biermann, „Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht" in der Festgabe der Gießener Juristenfakultät für Dr. Heinrich Dernburg, Berlin 1900.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., Bd. IV.
Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs s. u. „Entwurf" und „Hahn-Mugdan".
Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. II 2, Halle 1906.
Dettmann, Die Vertretungsmacht des Gesellschafters bei der offenen Handelsgesellschaft, Diss. Greifswald 1903.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897, Bd. I, 2. Aufl., Mannheim 1908.
Endemann, Das Deutsche Handelsrecht, 3. Aufl., Heidelberg 1876.
Entwurf eines Handelsgesetzbuchs mit Denkschrift. Amtliche Ausgabe, Berlin 1896.
Ehrenberg, „Gesellschaftsvertrag" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. IV, 3. Aufl. Jena 1909, S. 716 ff.
Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. I, Leipzig 1913.
Fiedler, Die Geschäftsführungsmacht des offenen Handelsgesellschafters. Diss. Leipzig 1909.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl. 1909.
Gareis, Das Deutsche Handelsrecht, 8. Aufl. 1909.
Gareis-Fuchsberger, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, Berlin 1891.
Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.
Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, Bd. II, Berlin 1905.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, 2. Aufl., Berlin 1903.
v. Górsky, Geschäftsführung und Vertretung bei der offenen Handelsgesellschaft, Wien 1888.
v. Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Bd. I, 4. Aufl., Braunschweig 1894.
Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. VI: Materialien zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1897.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht, Jena 1900 (in Fischers Abhandlungen Bd. V, Heft 1).
Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozesses, Bd. III, Abt. 1, Leipzig 1909.
Hergenhahn-Tuchatsch, Die offene Handelsgesellschaft, Leipzig 1894.
Hill, Die Vertretungsmacht des offenen Handelsgesellschafters, Diss. Borna-Leipzig 1911.
Hölder, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1900.
Hupka, Die Vollmacht, Leipzig 1901.
Keyßner, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, Stuttgart 1878.
Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem BGB, Jena 1901.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Berlin 1904.
Lastig, „Die offene Handelsgesellschaft" in Endemanns Handbuch des Deutschen Handels- und Wechselrechts, Bd. I, Leipzig 1881.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl. 1912.
Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. I, Berlin 1902.
Makower, Handelsgesetzbuch, 13. Aufl., Bd. I, Berlin 1906.
Markull, Die Rechtsverhältnisse zwischen der offenen Handelsgesellschaft und dem einzelnen Gesellschafter. Diss. 1901.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. II, Amtliche Ausgabe, Berlin 1896.
Oertmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. des Kommentars von Gareis, Berlin 1908.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Aufl., Berlin 1910.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II, 3. Aufl. Berlin 1907.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches, herausgegeben von **Lutz.**
Puchelt-Förtsch, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Bd. I, 4. Aufl. 1893.
Rathsburg, Die Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft, Diss. Borna-Leipzig 1909.
Das Bürgerliche Gesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts erläutert von Georg Hoffmann und anderen **Reichsgerichtsräten.** Bd. II, 2. Aufl. 1913.
Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1910.
Rudorff, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, Stuttgart 1898.
Seckel, „Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts" in: Festgabe der Juristenfakultät zu Berlin für Dr. Richard Koch, Berlin 1903.
Sohm, Der Gegenstand, 1909.
Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 9. Aufl. 1913.
Staub, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 3. und 4. Aufl. Berlin 1896.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. und 7. Aufl. 1900 und 9. Aufl., Bd. I, Berlin 1912, erstes Buch bearbeitet von Bondi, zweites Buch von Pinner. (Wo nichts besonderes gesagt ist, ist die 9. Aufl. gemeint.)
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II 2, 7. und 8. Aufl.; „Gesellschaft", erläutert von Kober.
Thöl, Lehrbuch des Handelsrechts, Bd. I, 6. Aufl., Leipzig 1879.
Tobias, Die Geschäftsführung in der offenen Handelsgesellschaft, Diss. Borna-Leipzig 1911.
Weyl, System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, München 1905.
Zitelmann, Internationales Privatrecht, Bd. II, 2. Aufl.

Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handels- und Wechselrechts, herausgegeben von Busch.
Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Das Recht.
Deutsche Juristenzeitung.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchamts, zusammengestellt vom Reichsjustizamt.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, herausgegeben von Johow und Küntzel, jetzt Johow und Ring.
Juristische Wochenschrift.
Holdheim, Wochen-, später Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts.
Seufferts Archiv.
Zeitschrift für Aktiengesellschaften und Handelsgesellschaften, herausgegeben von Bauer.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, herausgegeben von Goldschmidt.
Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch.

Inhalt.

		Seite
	Einleitung.	
§ 1.	I. Die Zulässigkeit der Entziehung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht ein praktisches Bedürfnis	9
§ 2.	II. Die Befriedigung dieses Bedürfnisses im Laufe der Rechtsentwicklung	11
	Vorbemerkung.	
§ 3.	Das anzuwendende Recht	13
	I. Hauptabschnitt: Der Gegenstand der Entziehung.	
	I. Unterabschnitt: Die Begriffe.	
§ 4.	A) Begriff der Geschäftsführungsbefugnis	14
§ 5.	B) Begriff der Vertretungsmacht	18
§ 6.	Fortsetzung: Nicht Begriffsmerkmal: Auftreten Dritten gegenüber	23
§ 7.	C) Begriff der Vertretungsbefugnis	29
§ 8.	D) Das Verhältnis der Begriffe untereinander	31
§ 9.	II. Unterabschnitt: Das positive Recht	33
§ 10.	Fortsetzung: Insbesondere die Frage der Zulässigkeit der Entziehung, wenn nur ein Gesellschafter Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht hat	43
	II. Hauptabschnitt: Die Voraussetzung der Entziehung.	
§ 11.	I. Wesen des wichtigen Grundes	51
§ 12.	II. Zeitgrenzen für das Bestehen des wichtigen Grundes, Beweislast und Umfang des richterlichen Ermessens	60
	III. Hauptabschnitt: Das Entziehungsverfahren.	
§ 13.	I. Allgemeines	62
§ 14.	II. Die gerichtliche Entscheidung	65
§ 15.	III. Der Antrag	73
§ 16.	Anhang. Die Eintragung im Handelsregister	77
	IV. Hauptabschnitt: Die Wirkungen der Entziehung.	
§ 17.	A) Die Wirkung auf den unmittelbar von der Entziehung Betroffenen	80
§ 18.	B) Die Wirkung auf die übrigen Gesellschafter	85
	Anhang.	
§ 19.	Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen	91

Einleitung.

§ 1.

I. Die Zulässigkeit der Entziehung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht ein praktisches Bedürfnis.

Bei der offenen Handelsgesellschaft ist nach §§ 114 Abs. 1, 105 Abs. 2 HGB, 705 BGB jeder einzelne Gesellschafter zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung und Vertretung verpflichtet, wenn nicht vertraglich gemäß § 109 HGB ein Anderes vereinbart ist. Weigert sich ein Gesellschafter, diese Pflichten zu erfüllen, oder handelt er dabei fahrlässig, oder gar absichtlich oder aus Unfähigkeit zum Schaden der Gesellschaft, so muß die Gesellschaft dagegen geschützt werden. Die Schutzmittel jedoch, die sich aus dem reinen Vertrags-System ergeben: Klage auf Geschäftsführung oder Vertretung, Schadensersatzklage und Auflösung der Gesellschaft sind, wie aus folgendem hervorgeht, unzureichend.

1. Die Klage auf Geschäftsführung oder Vertretung. Aus dem Vertragsverhältnis folgt, daß jeder Gesellschafter gegen jeden Geschäftsführenden und Vertreter einen Anspruch auf ordentliche Geschäftsführung bez. Vertretung hat. Eine Pflicht zur Vornahme oder Unterlassung bestimmter Vertretungshandlungen besteht, wie noch zu erörtern sein wird, wenn eine dahingehende Anordnung von geschäftsführenden Gesellschaftern vorliegt. In diesem Falle kann auch geklagt werden. Ueber den Umfang, in dem der Anspruch klagbar ist, gehen die Meinungen auseinander, soweit er auf ordnungsmäßige Geschäftsführung geht. Während die einen Klagbarkeit nur für den Fall eines besonderen Verpflichtungsgrundes bejahen[1]), nehmen die anderen[2]) Klagbarkeit auch in dem Falle an, daß unter Verletzung der diligentia quam suis (§ 708 BGB) der Pflicht zur vertragsmäßigen Förderung des Gesellschaftszwecks zuwider gehandelt wird, nicht etwa schon dann, wenn es sich um reine Zweckmäßigkeitsfragen handelt. Die erste Ansicht dürfte die richtige sein, da, wie noch später zu erörtern sein wird (in § 4 Ziffer 5), gerade das Wesen der Geschäftsführung in der eigenen Initiative liegt. Hiernach kann ein Verstoß gegen § 705 BGB (105 Abs. 2 HGB) im allgemeinen *nur* zum Schadenersatz verpflichten. Außer den seltenen Fällen, in denen sich der Betreffende zu bestimmten Handlungen oder Unterlassungen *besonders* vertraglich verpflichtet

---

[1]) So die Vertreter des Handelsrechts: Ritter § 115 Anm. 2, Staub § 115 Anm. 9, Goldmann § 115 Nr. 19, Makower § 117 Anm. d, ferner Goldmann-Lilienthal § 195 c S. 743/4.

[2]) So die Vertreter des bürgerlichen Rechts: Oertmann § 709 Anm. 3, Planck § 709 Anm. 1, Knoke S. 57, im Ergebnis auch Staudinger § 709 II 2.

hat, bedarf es besonderer Umstände, um eine Klagbarkeit auf bestimmte Handlungen oder Unterlassungen zu begründen, so wenn Verstoß gegen das Schikaneverbot (§ 226 BGB) vorliegt oder wenn gültige Mehrheitsbeschlüsse geschäftsführenden Gesellschaftern auf Vornahme oder Unterlassung gewisser Handlungen zielen, oder wenn nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrags die Vornahme oder Unterlassung bestimmter Handlungen (z. B. Widerspruch gegen Beschlüsse anderer Geschäftsführer) nur aus sachlichen Gründen erfolgen darf.

Der Kreis der Klagbarkeit auf ordentliche Geschäftsführung ist somit recht eng. Auch aus anderen, auch für die Vertretung in Frage kommenden Gründen ist die Klage unzureichend: Der durch sie erstrebte Erfolg wird sehr oft durch die Ereignisse während des Prozesses überholt sein. Insbesondere, wenn Handlungen vor dem Zeitpunkt der Beendigung des Rechtsstreites vorzunehmen sind, wie das im Handelsverkehr, insbesondere zur Ausnutzung von Konjunkturen häufig nötig ist, oder die zu verbietende Handlung vorgenommen wird, ehe das Urteil ergeht, ist der Rechtsstreit umsonst geführt.

Auch bietet der Klageweg kein ausreichendes Mittel gegen die Gefahr künftiger vertragswidriger Handlungen. Er versagt auch, wenn Unfähigkeit vorliegt. Die Gesellschafter werden sich auch oft genug scheuen, den Klageweg zu beschreiten, wenn sie kein Mittel wissen, sich von dem Widerspenstigen zu befreien, in berechtigter Befürchtung, die Ursache zu fortgesetzten künftigen Reibereien zu setzen, wodurch eine ordnungsmäßige Geschäftsführung oder Vertretung erheblich in Frage gestellt würde.

2. Schadenersatzklage. Der Gesellschafter, der bei Ausübung seiner Geschäftsführung oder Vertretung die diligentia quam suis verletzt, haftet der Gesellschaft auf Schadenersatz. Eine solche Schadenersatzklage ist aber, wie v. Hahn[3]) richtig darlegt, oft schwer zu begründen und noch schwerer der Beweis. Es kommt hinzu, daß eine Schadenersatzklage gegen einen Vermögenslosen von problematischem Werte ist, namentlich wenn der angerichtete Schaden höher ist als sein Gesellschaftsguthaben. Ferner ist zu berücksichtigen, daß eine Schadenersatzklage keine Gewähr für künftiges pflichtgemäßes Handeln bietet und versagt, wenn der Schaden nicht auf Verschulden, sondern auf Unfähigkeit zurückzuführen ist.

3. Auflösung. Ein ganz radikales Mittel ist neben der an Frist gebundenen Kündigung gemäß § 132 HGB bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die jedem Gesellschafter zustehende Klage auf Auflösung mit folgendem konstitutivem Urteil nach § 133 HGB. Jedoch wird dieser Weg in der Regel nicht im Sinne der Gesellschafter liegen. Hier bestünde nur die Wahl zwischen zwei Uebeln: entweder die beabsichtigte Art des Erwerbs aufzugeben oder die Willkür des betreffenden Gesellschafters

[3]) Vorbemerkung zu §§ 99—104 unter VII.

ertragen. Die Gesellschafter dürften aus praktischen Erwägungen das letztere als das geringere Uebel ansehen, insbesondere, da eine plötzliche Auflösung mit nachfolgender Liquidation regelmäßig eine erhebliche Wertminderung des Gesellschaftsvermögens zur Folge hat.

4. Diese drei Schutzmittel befriedigen sonach nicht vollständig. Sie lassen die Möglichkeit, die Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht ohne Zerreißen des gesellschaftlichen Bandes zu entziehen, als ein dringendes Bedürfnis erscheinen[4]). Da aber die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht aus dem Gesellschaftsvertrag entspringen (Vergl. § 4 Ziff. 3 und § 5 III), enthält die Entziehung eine Aenderung des Gesellschaftsvertrags und nicht etwa einen Akt der Geschäftsführung[5]). Sie bedarf daher der Zustimmung aller Gesellschafter einschl. des Betroffenen[6]).

§ 2.

II. Die Befriedigung dieses Bedürfnisses im Laufe der Rechtsentwickelung.

Das römische und gemeine Recht kam über den geschilderten Standpunkt nicht hinaus und kannte daher eine Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht gegen den Willen des Betroffenen nicht[1]). Dagegen erkannte zuerst der Code civil die Notwendigkeit, diesen Standpunkt zu verlassen und bestimmte in Art. 1856 Abs. 2, nachdem er in Abs. 1 den Umfang der Rechte eines „associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société" geregelt hatte:

> „Ce pouvoir ne peut être révoqué sans cause légitime tant que la société dure; mais s'il n'a été donné que par acte postérieur au contrat de société, il est révocable comme un simple mandat".

Der Code civil gab also die Möglichkeit, die durch Gesellschaftsgründungsvertrag übertragene administration zu widerrufen, wenn ein rechtmäßiger Grund vorlag, und gab sie auch ohne rechtmäßigen Grund, wenn die administration in einer späteren Vereinbarung festgesetzt wurde. Dabei ist zu beachten, daß der Code civil ebenso wie das gemeine Recht eine Scheidung von Geschäftsführung und Vertretung nicht kannte, vielmehr nur den beides umfassenden Begriff der Verwaltung (administration).

In fast wörtlicher Anlehnung an Art. 1856 des Code civil bestimmte Art. 34 des „Entwurfs eines Reichshandelsgesetzbuches für

---

[4]) Dieses Bedürfnis wird von der Denkschrift S. 93 anerkannt, von Lastig S. 363 mit Unrecht geleugnet.

[5]) Vgl. Goldmann-Lilienthal S. 751 Anm. 59.

[6]) Vgl. Knoke S. 64, Motive zum BGB S. 605, Lastig S. 363, Puchelt § 115 Anm. 4, v. Górski S. 18.

[1]) Vgl. Knoke S. 62, Plathner bei Gruchot Bd. 48 S. 68ff.

Deutschland", der sogenannte Frankfurter Entwurf vom Jahre 1849:

> Die Uebertragung der Geschäftsführung, welche durch eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrags geschehen ist, (Vgl. chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société) kann, solange die Gesellschaft dauert, (tant que la société dure) nicht ohne rechtmäßigen Grund (sans cause légitime) widerrufen werden(ne peut être révoqué).

Jedoch wurde der Satz des Code civil, daß eine Festsetzung durch späteren Vertrag anders behandelt wurde, absichtlich[2]) fallen gelassen. Auch der Frankfurter Entwurf verstand unter Geschäftsführung dasselbe, wie der Code civil unter administration. Er ebnete jedoch insofern der Scheidung der Begriffe Geschäftsführung und Vertretung (das Wort Vertretung kam darin nicht vor) den Weg, als er als erster von allen früheren deutschen und ausländischen Gesetzen und Gesetzentwürfen das Verhältnis der Gesellschafter untereinander und das Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten getrennt behandelte[3]).

Die Bestimmung des Frankfurter Entwurfes wiederum wurde fast wörtlich in den „Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten" aufgenommen, dessen Art. 103 Abs. 3 bestimmte:

> „Die im Gesellschaftsvertrage einem oder mehreren Gesellschaftern geschehene Uebertragung der Geschäftsführung kann, solange die Gesellschaft dauert, nicht ohne rechtmäßige Ursache widerrufen werden".

Diese Bestimmung ist wörtlich in Art. 101 Abs. 1 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs aufgenommen worden. Eine entsprechende Bestimmung für die Vertretung wurde nicht getroffen, da die Verfasser sich von der französischen Auffassung der administration noch nicht losgemacht hatten, vielmehr von der Ansicht ausgingen, daß die Vertretungsmacht die äußere, die Geschäftsführungbefugnis die innere Seite desselben Begriffs der Verwaltung der Geschäfte der Gesellschaft bildeten, sodaß sie die Geschäftsführungsbefugnis mit der Vertretungsmacht als begrifflich notwendig verbunden ansehen mußten[4]). Die gleiche Auffassung zeigte sich allenthalben in der Literatur.

Laband wies als erster[5]) darauf hin, daß zwischen Geschäftsführung

---

[2]) Vgl. Motive zum Frankfurter Entwurf S. 109.

[3]) Vgl. v. Górski S. 1.

[4]) So sprechen die Protokolle zur Nürnberger Konferenz
S. 204 davon, daß jedem Gesellschafter auch mindestens die Rechte der Prokura zukommen, daher auch das Recht, Handlungsbevollmächtigte anzustellen,
S. 210 davon, daß ein von der Geschäftsführung ausgeschlossener Gesellschafter die Gesellschaft nicht verpflichten könne,
S. 214 davon, daß ein Gesellschafter Dritten gegenüber zur Geschäftsführung berechtigt erscheint,
S. 215 von dem Rechte eines geschäftsführenden Gesellschafters, Rechtsgeschäfte abzuschließen und Prozesse für die Gesellschaft zu führen.
Aehnlich S. 1005, 1006, 1007, 4528, 4636, 4666.

[5]) In Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 14 S. 612.

und Vertretungsmacht durchaus kein notwendiger Zusammenhang bestehe, vielmehr eins ohne das andere vorliegen könne. Ihm schloß sich die allgemeine Ansicht allmählich mehr und mehr an, sodaß das jetzige Handelsgesetzbuch auch die Entziehbarkeit der Vertretungsmacht besonders angeordnet hat.

Das Ergebnis dieser Entwicklung sind die §§ 117 und 127 HGB.

Als für unsere Erörterungen wesentlich sei dabei das Ergebnis vorstehender Untersuchung zusammengefaßt: Die Bestimmung der Zulässigkeit der Entziehung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht ist ein Satz praktischer Notwendigkeit. Der Zweck ist Schutz der Gesellschaft, genauer: des Gesellschaftsvermögens. Der Zweck ist nicht Schutz Dritter; denn Dritte sind am Wechsel der Person des Vertretungsermächtigten und vollends des Geschäftsführenden nicht interessiert.

§ 3.

Vorbemerkung.

Das anzuwendende Recht.

I. Das örtliche Geltungsgebiet der §§ 117, 127 HGB weist keine Besonderheiten auf. Es sei nur kurz darauf hingewiesen, daß entscheidend für das anzuwendende Recht der Sitz der Gesellschaft ist, d. h. der Ort maßgebend ist, von dem aus die oberste Leitung aller Geschäfte erfolgt, mögen auch die gewöhnlichen Geschäfte in einem anderen Lande vorgenommen werden[1]).

II. Das zeitliche Geltungsgebiet. Die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs traten im allgemeinen am 1. Januar 1900 in Kraft. Da es sich aber hier um Rechte aus einem Schuldverhältnis handelt, ist für die vor dem 1. Januar 1900 gegründeten offenen Handelsgesellschaften das neue Recht nach dem Art. 170 EGBGB nicht anwendbar, soweit sich nicht aus besonderen Vorschriften ergibt, daß das neue Recht rückwirkende Geltung beansprucht. Eine derartige rückwirkende Kraft finden wir aber in unserem Untersuchungsgebiete weder ausdrücklich noch stillschweigend angeordnet. Zwar dürfte auf das Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu Dritten das neue Handelsgesetzbuch auch auf vor 1900 gegründete offene Handelsgesellschaften Anwendung finden[2]), jedoch handelt es sich auch bei der Entziehung der Vertretungsmacht um Rechte aus dem Schuldverhältnis, dem inneren Verhältnis der Gesellschafter untereinander. Erst die Wirkung der Entziehung der Vertretungsmacht betrifft das Verhältnis zu Dritten[3]). Daher finden die Vorschriften des alten Handelsrechts auf die Entziehung der Geschäftsführung und Vertretung bei allen offenen Handelsgesellschaften

[1]) Vgl. v. Bahr in Ehrenbergs Handbuch Bd. I, S. 347, 350, RG Bd. 7 S. 69.

[2]) Vgl. Staub § 123 Anm. 20.

[3]) Vgl. Staub § 127 Anm. 9, Lehmann-Ring § 127 Nr. 7.

Anwendung, die vor dem 1. Januar 1900 gegründet sind — und das ist ein recht erheblicher Prozentsatz —, solange das alte Gesellschaftsverhältnis besteht[4]). Dagegen werden auf diese Gesellschaften die Bestimmungen des neuen Rechts über die Entziehung anzuwenden sein, wenn die Gesellschafter dessen Anwendung vereinbaren (vergl. § 19 unter 3) oder wenn nach 1899 Vereinbarungen getroffen wurden, in denen die Begründung eines neuen Gesellschaftsverhältnisses zu erblicken ist, so, wenn neue Gesellschafter ein- oder austreten oder wenn das Gesellschaftsverhältnis beendet war (z. B. durch Zeitablauf oder Konkurs) und die Gesellschafter ausdrücklich oder stillschweigend dessen Fortsetzung vereinbaren[5]), nicht aber, wenn die Gesellschafter vor 1900 vereinbart hatten, daß das Gesellschaftsverhältnis als verlängert gelten solle, wenn nicht vor einem ins Auge gefaßten Endtermin gekündigt werde und diese Kündigung unterbleibt, da in diesem Falle Fortsetzung des alten Schuldverhältnisses anzunehmen ist[6]). Die Begründung eines neuen Gesellschaftsverhältnisses wird aber nur bei einem kleinen Teile der in Frage kommenden Gesellschaften vorliegen. Daher wird hier der Richter noch auf Jahrzehnte hinaus altes Recht anzuwenden haben. Wir werden daher in der folgenden Darstellung, wenn auch nur kurz, das Recht des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs mit erörtern müssen.

I. Hauptabschnitt.
Der Gegenstand der Entziehung.

I. Unterabschnitt: Die Begriffe.

§ 4.

A. Begriff der Geschäftsführungsbefugnis.

1. Das Wort Geschäftsführung umfaßt nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes und vielfach auch der Literatur sowohl die Geschäftsführungshandlung, wie die Befugnis zu deren Vornahme. Im ersten Sinn spricht das Handelsgesetzbuch von Geschäftsführung in §§ 110, 116, 117, im zweiten in §§ 114 Abs. 2 und 118 HGB. Während die Definitionen der Geschäftsführungshandlung sehr zahlreich sind,[1]) fand der Verfasser nur zwei Definitionen der Geschäftsführungsbefugnis[2]). Da für unsere Untersuchung nur die Geschäfts-

[4]) Vgl. KGJ 32 A S. 130 (1906), Lehmann-Ring § 127 Nr. 7.
[5]) Staub 6. u. 7. Aufl. § 105 Anm. 32, Lehm. in Zeitschr. f. HR Bd. 48 S. 19, 20.
[6]) So Lehmann a. a. O. S. 19 Anm. 41.
[1]) Definitionen geben Lehmann-Ring § 114 Nr. 2, Ritter § 114 unter I, Behrend S. 488, Endemann S. 176 § 41 I, Hill S. 10, Renaud S. 278, Lastig S. 357, Lehmann S. 302, Hergenhahn-Tuchatsch S. 102, Goldmann-Lilienthal § 195 1. Vgl. auch Knoke S. 55.
[2]) v. Górski S. 34 und Makower § 125 II a.

führungsbefugnis wesentlich ist, so ist von der Geschäftsführungshandlung nur soviel zu sagen, als unbedingt zum Verständnis der Befugnis nötig ist.

2. Geschäftsführung in reinem Wortsinn bedeutet das Führen, das ist Besorgen, von Geschäften. Dabei ist es unerheblich, ob dies rein tatsächliche oder Rechtsgeschäfte sind und ob es sich um bloße Anordnungen oder deren Ausführung handelt. Die Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft — ebenso, wie die der bürgerlichen Gesellschaft — weicht hiervon nicht ab.[3]) Nun ist es aber, wie wir später sehen werden (§ 8 I), möglich, daß ein Geschäftsführer der Vertretungsmacht entbehrt. Dieser kann dann keine Rechtsgeschäfte im Namen der Gesellschaft mit Wirkung für und gegen (wohl aber im eigenen Namen oder durch bevollmächtigte Dritte für Rechnung der Gesellschaft) vornehmen. Dies ist jedoch nicht auf den Umfang der Geschäftsführung zurückzuführen, in dem Sinne, daß von dem Gebiete der Geschäftsführung ein bestimmter Teil abgeschnitten und dem Vertretenden zugewiesen wird. Vielmehr ist die Vertretungshandlung als eine Form der Geschäftsführungshandlung anzusehen. Eine Handlung ist Geschäftsführungshandlung ohne Rücksicht darauf, ob darin gleichzeitig eine Vertretung liegt oder nicht.

3. Das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung in vorstehendem Sinn entsteht für jeden Gesellschafter mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrags unabhängig vom Willen der Vertragschließenden (§ 114 Abs. 1 HGB, Art. 102 Abs. 1 ADHGB). Sollen daher nach dem Willen der Gesellschafter nur einige oder nur einer die Geschäftsführungsbefugnis haben, so müssen die übrigen auf die ihnen an sich zustehende Befugnis durch Vertrag verzichten. Hieraus ergibt sich, daß die mit alleiniger Geschäftsführungsbefugnis ausgestatteten Gesellschafter ihr Recht nicht aus der Geschäftsführungsbefugnis der übrigen Gesellschafter ableiten, wie beim Auftrag[4]), sondern aus eigenem Recht, kraft Gesetzes haben[5]).

Daher ist es irreführend, wenn das Gesetz (§ 114 Abs. 2 HGB Art. 101 ADHGB) von einer Uebertragung der Geschäftsführungsbefugnis spricht. Eine übertragene Geschäftsführungsbefugnis ist vielmehr nur eine nicht entzogene gesetzliche[6]).

---

[3]) Vgl. v. Hahn vor Art. 99—104 § 2, v. Górski S. 52 ff, Goldmann-Lilienthal S. 742, Knoke S. 55.

[4]) Hierüber herrscht Uebereinstimmung. Vgl. Gareis-Fuchsberger S. 228 (Der Mandat als einseitigen Akt ansieht!), Anschütz-v. Völderndorff Art. 101, V; ebenso im Ergebnis für die bürgerliche Gesellschaft: Oertmann § 712 2 b, Staudinger § 712 I, Planck § 710 3, Ehrenberg S. 721, Motive zum BGB S. 605.

[5]) So Lehm-Ring § 114 Nr. 4 und die unter Anmerkung 4 aufgeführten Autoren.

[6]) So schon Thöl 5. Aufl. S. 311, 313, 6. Aufl. S. 318, ferner Lastig S. 365, Makower § 114 II, v. Górski S. 39, Renaud S. 284, Fiedler S. 23, 57, Plathner bei Gruch. Bd. 37 S. 70 f.

Irrig dürfte daher auch eine begriffliche Unterscheidung zwischen einer übertragenen, ja überhaupt einer auf Vertrag beruhenden und einer gesetzlichen Geschäftsführungsbefugnis sein[7]). Gegenstand vertraglicher Regelung gemäß § 109 HGB, Art. 90 ADHGB ist vielmehr nur die Aenderung der kraft Gesetzes jedem Gesellschafter in bestimmtem Umfang zustehenden Befugnis zur Geschäftsführung, sei es durch Ausschließung davon oder Aenderung des gesetzlichen Umfangs, oder Anordnung von Gesamtgeschäftsführungsbefugnis[8]). Solange eine derartige Regelung besteht, ruht die gesetzliche Bestimmung und lebt durch Streichung jener Regelung ipso jure wieder auf[9]). Hiernach ist Ausschließung von Geschäftsführungsbefugnis nur die Aufhebung einer kraft Gesetzes vorhandenen Befugnis, selbst wenn sie bereits im Gründungsvertrag erfolgt, da tatsächliches Bestehen nicht vorausgesetzt ist[10]) (Vgl. unter § 5 III). Demnach ist „Uebertragung" der Geschäftsführungsbefugnis im Gründungsvertrag nur die Betonung des Nichtausschlusses der gesetzlichen Geschäftsführungsbefugnis und Uebertragung durch einen späteren Vertrag tatsächlich nichts anderes, als eine Aufhebung der die gesetzliche Regelung außer Kraft setzenden Vertragsbestimmungen, sodaß ein Wiederaufleben der gesetzlichen Geschäftsführungsbefugnis, nicht aber eine tatsächliche Uebertragung vorliegt. Eine durch Gesellschaftsvertrag „übertragene" Geschäftsführungsbefugnis ist in Wahrheit eine nicht ausgeschlossene gesetzliche, von dieser begrifflich nicht verschieden[11]). Die Geschäftsführungsbefugnis entsteht also kraft Gesetzes mit dem Zustandekommen des Gründungsvertrags. Auf Gesellschaftsvertrag beruht sie nur in dem Sinne, als dieser die kraft Gesetzes vorhandene Befugnis abändert, oder die getroffene Abänderung aufhebt.

Hierdurch unterscheidet sie sich von einem Auftrage (bez. Dienst- oder Werkvertrage), der einem Gesellschafter erteilt wird[12]). Ein solcher

---

[7]) Wie sie ADHGB Art. 1, Denkschrift S. 93, 98, Staub § 117 1, Goldmann § 117 Nr. 2, Lehmann-Ring § 117 Nr. 1, v. Hahn Art. 100 § 2, Gareis-Fuchsberger S. 228, Makower § 127 I, Ritter § 117 1, Brand § 117 2, kennen; vgl. BGB § 712, Motive zum BGB Bd. II S. 606, Knoke S. 61.

[8]) Diese Regelung braucht, wie jetzt einstimmig entgegen dem Vorbild des französischen Rechts (Art. 1856 code civ.) und der Meinung der Protokolle der Nürnberger Konferenz (S. 192) anerkannt ist, nicht notwendig im Gesellschaftsgrundvertrag, sondern kann auch durch eine spätere Vereinbarung aller Gesellschafter getroffen werden; so Goldmann § 114 Nr. 6, v. Hahn Art. 99 § 2, Makower § 114 II.

[9]) So Staub § 114 4, § 109 7, Puchelt Art. 99 3, Anschütz-v. Völderndorff Art. 101 V 3, Gareis-Fuchsberger S. 228, Lehmann-Ring § 114 Nr. 4, v. Górski S. 20, 39, Fiedler S. 23; vgl. auch Staudinger § 113 I 2.

[10]) So v. Hahn Art. 115 § 3 betr. Vertretungsmacht.

[11]) Ebenso Lastig S. 363, 364, v. Górski S. 39, Plathner bei Gruch Bd. 37 S. 71.

[12]) Das rein Tatsächliche der Vornahme einer Geschäftsführungshandlung unterscheidet sich in nichts von dem der Vornahme einer derartigen Auftragshandlung. Insbesondere kann die Initiative nicht als Unterscheidungsmerkmal

Auftrag kann einem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter, oder einem geschäftsführenden Gesellschafter für solche Geschäfte erteilt werden, die außerhalb des Rahmens seiner Befugnis fallen. Er erfordert naturgemäß nur einen Vertrag zwischen Auftraggeber und Beauftragtem, aber keinen Gesellschaftsvertrag[13]). Schon hiermit sind Grenzen der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis angedeutet.

4. Damit, daß die Befugnis zur Geschäftsführung mit dem Zustandekommen des Gesellschaftsgründungsvertrags entsteht, ist noch nicht gesagt, wem sie zusteht. Dies ergibt sich aber sofort, wenn erwogen wird, daß mit dem Gründungsvertrag die Gesellschafter untereinander ein Schuldverhältnis eingehen, aus dem sich Recht und Pflicht zur Geschäftsführung ergibt. Hiernach kann die Geschäftsführungsbefugnis nur einem *Gesellschafter* zustehen und ist ein jedem einzelnen der übrigen Gesellschafter gegenüber bestehendes Recht, ebenso wie die Pflicht der Geschäftsführung jedem der übrigen Gesellschafter gegenüber besteht. Die Geschäftsführungsbefugnis erstreckt sich also nur auf das Verhältnis der Gesellschafter untereinander.

5. Daß der „Betrieb eines Handelsgewerbes" nicht den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschaftern obliegt, bedarf keiner Ausführung. Hierzu sind vielmehr ausschließlich die geschäftsführenden Gesellschafter bestimmt. Sie sind zur Leitung der Gesellschaftsangelegenheiten ausschließlich berufen und dafür verantwortlich. Sie müssen daher ausschließlich das Recht eigener Initiative, d. i. das Recht selbständiger, oberster Entschließung über die Gesellschaftsgeschäfte haben[14]). Gegen ihren Willen darf nichts geschehen. Dem steht nicht entgegen, daß die übrigen Geschäftsführenden das Recht haben, eine Handlung zu verbieten (§ 115 Abs. 1 HGB, Art. 102 Abs. 2 ADHGB), da es eine der Art nach stärkere und schwächere Geschäftsführungsbefugnis nicht gibt. Es stehen dann eben mehrere gleichstarke Willensäußerungen gegeneinander, die sich aufheben. Auch der Umstand steht nicht entgegen, daß außergewöhnliche Handlungen einen Beschluß aller Gesellschafter erfordern; insoweit steht eben die Geschäftsführungsbefugnis allen gemeinsam zu, insoweit haben alle gemeinsam das Recht der Initiative. Dieses charakteristische Merkmal unterscheidet die Geschäftsführungsbefugnis sowohl vom Auftrag, als auch vom Recht

---

gelten, da sie beim Geschäftsführenden *tatsächlich* fehlen, dagegen beim Beauftragten *tatsächlich* vorhanden sein kann. Daher ist es mißlich, eine Definition der Geschäftsführungshandlung geben zu wollen, ohne die Befugnis zur Geschäftsführung zu berücksichtigen. Geschäftsführung im technischen Sinne ist eine Handlung nur, wenn sie im Rahmen vorhandener Geschäftsführungsbefugnis vorgenommen wird, sonst liegt bloße Geschäftstätigkeit vor. Vgl. v. Hahn Art. 93 § 7, v. Górski S. 46, Lastig S. 263. Es wird dies bei den Definitionen der Geschäftsführungshandlung (s. o. Anm. 1) nicht berücksichtigt.

[13]) So Staub § 114 4, Gareis-Fuchsberger S. 228, vgl. auch Makower § 114 II, Staudinger § 712 II.

[14]) So auch v. Górski S. 34, Lastig S. 347.

zur Vertretung, worüber später (§ 8 III) noch zu reden sein wird. Dieses Merkmal der Initiative findet in den beiden Definitionen der Geschäftsführungsbefugnis (vgl. Anm. 2), die der Verfasser allein vorfand, keinen deutlichen Ausdruck. Die Definition von Makower[15]) übergeht es ganz, und die von v. Górski[16]) drückt es unklar in dem Worte „Berechtigung" aus[17]). Wenn nun der Geschäftsführungsbefugte das Recht oberster Entschließung über die Vornahme einer Handlung hat, also das Recht, zu bestimmen, ob und wie eine Handlung vorgenommen werden soll, so kann er auch bestimmen, daß er die Handlung selbst vorzunehmen hat, oder er kann die Vornahme durch andere regeln[18]), so insbesondere, wenn die Fähigkeit zur eigenen Vornahme, z. B. Kenntnis fremder Sprache oder Vertretungsmacht fehlt. In welchem Umfang eine derartige Abwälzung zulässig ist, inwieweit also persönliche Vornahme gefordert wird, ist eine Frage, die den Umfang, nicht den Begriff der Geschäftsführungsbefugnis betrifft.

Nach alledem gewinnen wir folgende **Definition:**

Geschäftsführungsbefugnis bei der offenen Handelsgesellschaft ist das kraft Gesetzes aus dem Gesellschaftsgründungsvertrag entspringende, den übrigen Gesellschaftern gegenüber bestehende Recht, über die Vornahme von Handlungen des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft oberste Entschließung zu fassen und entweder die Handlungen selbst vorzunehmen oder die Vornahme durch andere zu regeln.

§ 5.

B. Begriff der Vertretungsmacht.

I. Die Vertretungshandlung.

1. Vertretung im weitesten Sinne ist ein Handeln (einschl. des

---

[15]) „Die Geschäftsführungsbefugnis ist die gegenüber den einzelnen Gesellschaftern bestehende Befugnis zu Handlungen für die Gesellschaft."

[16]) „Geschäftsführung ist die aus dem Gesellschaftsvertrag entspringende, entziehbare und beschränkbare Berechtigung und Verpflichtung eines Gesellschafters, den Betrieb der Gesellschaftsgeschäfte oder eines Zweiges derselben mit der Wirkung zu besorgen bezw. durch einen vertretungsbefugten Gesellschafter, einen Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten der Gesellschaft besorgen zu lassen, daß die Gesellschaft aus den von diesem Gesellschafter vorgenommenen Handlungen berechtigt und verpflichtet wird, ohne dieselben als nicht für ihre Rechnung geschlossen erklären zu können."

[17]) Von den Definitionen der Geschäftsführungs*handlung* erwähnen das *tatsächliche* Vorliegen der Initiative (nicht das *Recht* dazu) als Begriffsmerkmal nur Lastig S. 357, Goldmann-Lilienthal § 195 Ziff. 1; die übrigen übergehen sie entweder ganz, — so Makower § 125 2a, Hergenhahn-Tuchatsch S. 102, Behrend S. 488 — oder drücken sie nur undeutlich aus. (So nennen Ritter § 114 1, Lehmann-Ring § 114 2, Lehmann § 57 Ziff. 9, Hill S. 10 die Geschäftsführung eine Verwaltung, so fordern Endemann § 41 I S. 176 und Renaud S. 278, daß die Handlungen in der Stellung eines Prinzipals vorgenommen werden, so nennt Gareis S. 134 die Geschäftsführung eine Verfügung.)

[18]) Vgl. Goldmann-Lilienthal S. 742—745.

Empfangs rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen) für einen anderen, der eigentlich selbst handeln sollte[1]). Jedoch kann eine Vertretung im juristischen Sinne nicht jedes Handeln, sondern nur Vornahme rechtlich erheblicher Handlungen sein[2]).

2. Der direkten Vertretung im Gegensatz zur indirekten, die eine Vertretung im juristischen Sinne überhaupt nicht ist, ist wesentlich, daß dies Handeln unmittelbare Wirkungen für und gegen den Vertretenen äußert.

3. Aber auch Verfügungen über fremdes Vermögen, die der Verfügende befugt — unter Umständen auch wenn unbefugt — vornimmt, wirken unmittelbar für und gegen den Vermögensherrn. Deshalb ist wesentlich: Handeln im Namen des Vertretenen[3]). Hiernach ist die Aufstellung des Gegensatzes, Geschäftsführung sei Verwaltung nach innen, Vertretung Verwaltung nach außen[4]), ungenau; denn „Verwaltung nach außen" — übrigens eine contradictio in adjecto — umfaßt auch Abschluß von Rechtsgeschäften im eigenen Namen oder durch Bevollmächtigte für Rechnung der Gesellschaft, sowie tatsächliche Geschäfte (Beaufsichtigung des Personals); das alles ist jedoch nur Geschäftsführung im Sinne des Gesetzes, nicht Vertretung.

4. Bei der offenen Handelsgesellschaft ist demnach Vertretung: Vornahme rechtserheblicher Handlungen im Namen der Gesellschaft mit unmittelbarer Wirkung für und gegen diese. Mit Unrecht wird die Wirkung von einigen[5]) auf Berechtigung und Verpflichtung der Gesellschaft beschränkt. Erteilung einer Handlungsvollmacht als solche verpflichtet weder, noch berechtigt sie die Gesellschaft. Ebenso liegt keine Verpflichtung oder Berechtigung der Gesellschaft und doch Vertretung vor bei Anmeldungen zum Handelsregister (z. B. Widerruf oder Erteilung der Prokura).

Daß die Firma gebraucht wird, ist in der Regel — abgesehen von besonderen Fällen, wie Wechselerklärungen — nicht nötig. Firmenzeichnung ist ein engerer Begriff als Vertretung der offenen Handelsgesellschaft; er fällt in diesen hinein. Daher ist es unrichtig, wenn beides als identisch hingestellt wird[6]). Daher ist auch der weitverbreitete, wenig schöne Ausdruck „firmierender Gesellschafter" ungenau.

5. Die Vertretungshandlung eines Gesellschafters enthält insofern etwas eigenartiges, als hier der Gesellschafter die von ihm mitgebildete Gesellschaft — nicht etwa die einzelnen Gesellschafter[7]), wie nach

---

[1]) So Mitteis, Stellvertretung S. 1.
[2]) Mitteis S. 2, Hill S. 10, Dernburg I § 161 IV.
[3]) Vgl. Biermann S. 92.
[4]) So Lehmann-Ring § 114 Nr. 2.
[5]) So v. Górski S. 35, Schmidt S. 3, Dettmann S. 17.
[6]) Wie die Protokolle der Nürnberger Konferenz S. 175, Thöl S. 318, v. Górski S. 29 tun.
[7]) Vgl. Lehmann-Ring § 125 Nr. 3.

§ 714 BGB — vertritt. Es liegt also Vertretung des Ganzen durch einen Teil vor, nicht etwa Handeln teils in eigenem, teils in fremdem Namen[8]).

6. Die Vertretungshandlung der mit gesellschaftlicher Vertretungsmacht ausgestatteten Gesellschafter unterscheidet sich nicht von der eines nur mit Vollmacht versehenen Gesellschafters. Ueber den Unterschied zwischen gesellschaftlicher Vertretungsmacht und Vollmacht siehe III.

7. Die Vertretungshandlung ist zwar stets auch ein Besorgen der Geschäfte der Gesellschaft, also in diesem Sinne stets auch eine Geschäftsführungshandlung. Jedoch ist das Recht zur Vertretung nicht notwendig zugleich Recht zur Geschäftsführung, insofern der zur Vertretung Ermächtigte nicht notwendig das der Geschäftsführungsbefugnis eigentümliche Recht eigener Initiative hat. Näheres unten § 8 III.

II. Die Vertretungsmacht.

1. Die Worte Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis werden meist synonym gebraucht (vgl. unten 3). Doch dürfte ihr Sinn ein verschiedener sein. Das Wort Macht kommt von Mögen, bedeutet also ein Können (vis, potestas, facultas) im Gegensatz zum Nichtkönnen, dagegen liegt im Worte Befugnis nur ein Handelndürfen im Gegensatz zum Nichtdürfen[9]).

2. Wesen der Vertretungsmacht im Gegensatz zur Vertretungsbefugnis. Was Vertretungsmacht eigentlich ist, darüber sprechen sich nur Kohler und Oertmann[10]) etwas näher aus, wobei Oertmann hervorhebt, daß die Frage weiterer Klärung dringend bedarf. Kohler erblickt darin eine „Rechtslage des Vertreters, sodaß es ihm möglich ist, Rechtswirkungen in der Person des Geschäftsherrn hervorzubringen". Abgesehen davon, daß diese Rechtslage auch bei dem vorliegt, der über einen fremden Gegenstand in eigenem Namen verfügt, also nicht nur bei Vertretern, läßt die Annahme einer bloßen Rechtslage dahingestellt, wo deren Konzentrationspunkt liegt. Dieser liegt in der Person des Ermächtigten. Dieser kann jetzt rechtlich mehr, als vor dem Vorhandensein der Vertretungsmacht. Die Bezeichnung als Rechtslage ist zu allgemein. Es liegt ein rechtliches Können vor. So auch Oertmann, der aber Kannrechte mit den sogenannten Gestaltungsrechten identifiziert und daher selbst zu Zweifeln an der Richtigkeit seiner Annahme gelangt. Kannrechte sind nicht ohne weiteres Gestaltungsrechte, wie eben die Vertretungsmacht zeigt. „Kannrechte" ist vielmehr nur der Oberbegriff. Während Gestaltungsrechte reine Zweckrechte sind, wie die Obligationen, also durch Erreichung des Zwecks,

[8]) So Gierke S. 589.

[9]) Ebenso Brinz Bd. IV § 582, Biermann S. 109, Hupka S. 2, 21, Makower § 235 Ia, Dettmann S. 17.

[10]) Kohler, Allgem. Teil § 48 S. 154 und § 164, S. 436, Oertmann § 164, Anm. 3, S. 502/3 und vor § 194 D 2c S. 595.

insbesondere durch Ausübung des Gestaltungsrechts untergehen [11]), geht die Vertretungsmacht nicht auf die Erreichung bestimmter Zwecke, sondern nur auf ein fortgesetztes Richtunggeben, ein Leiten unbestimmter Rechtserfolge in bestimmte Richtung und geht durch Ausübung nicht unter. Wir würden hiernach die Vertretungsmacht zu definieren haben als die Fähigkeit, durch Vornahme rechtserheblicher Handlungen im Namen eines anderen unmittelbare Rechtswirkungen für und gegen diesen hervorzurufen.

Ist die Vertretungsmacht ein Können, so ist die Vertretungsbefugnis ein Dürfen. Sie bilden einen Teil des Verhältnisses der Gesellschafter untereinander und zwar besonders des inneren Vertretungsverhältnisses. Ihr entspricht die Vertretungspflicht. Vertretungsmacht gibt dem Ermächtigten weder (Darf-)Recht noch Pflicht [12]).

Der Vertretungsbefugnis, dem Vertretungsrecht eines Gesellschafters steht eine Pflicht der Mitgesellschafter gegenüber, nämlich die Pflicht, die Vertretungshandlungen zu dulden und als für Rechnung der Gesellschaft erfolgt anzuerkennen. Der Vertretungspflicht entspricht das Recht der übrigen Gesellschafter darauf, daß der Verpflichtete vertritt. Auch hier fehlt eine Analogie bei der Vertretungsmacht.

Die spezifische Wirkung der Vertretungsmacht ist die, daß eine im Rahmen der Vertretungsmacht vorgenommene Handlung unmittelbar für und gegen die Gesellschaft wirkt, gleichgültig, ob sie auch für Rechnung der Gesellschaft geht, die der Vertretungsbefugnis besteht darin, daß die befugt vorgenommene Handlung ohne Rücksicht darauf, ob sie unmittelbar für oder gegen die Gesellschaft wirkt, für Rechnung der Gesellschaft geht. Wer Vertretungsmacht erhält, erlebt eine Steigerung seiner rechtlichen Fähigkeiten, eine Steigerung seiner Handlungsfähigkeit in bestimmter Richtung, nicht ein Mehr an (Darf-)Rechten und Pflichten; Verleihung der Vertretungsbefugnis ist eine Vermehrung von (Darf-) Rechten [13]).

Während der Umfang der Vertretungsmacht zwingend (mit geringen Ausnahmen) durch § 126 HGB, Art. 116 ADHGB geregelt ist, greift hinsichtlich der Vertretungsbefugnis, da sie nur das Verhältnis der Gesellschafter untereinander betrifft, § 109 HGB, Art. 90 ADHGB ein [14]).

3. Unabhängigkeit der Begriffe Vertretungsmacht und Vertretungs-

[11]) Seckel S. 229, 232, Hellwig, Zivilprozeß Bd. III S. 102.

[12]) Biermann S. 109. Irrig Goldmann S. 210 und Knoke S. 76: Vollmacht gebe ein Recht zur Vertretung, aber keine Pflicht. Ungenau § 125 Abs. 2 HGB: zur Gesamtvertretung berechtigt.

[13]) Vgl. Biermann S. 109.

[14]) Wenn einem vertretungsermächtigten Gesellschafter von den Geschäftsführenden aufgegeben wird, sich der Vertretung zu enthalten, so ist das keine Beschränkung der Vertretungsmacht, wie Goldmann § 125 Nr. 17 annimmt, sondern der Vertretungsbefugnis. Es gibt allerdings auch eine beschränkte Vertretungsmacht, nämlich Gesellschaftern als solchen gegenüber; darüber Näheres unten § 6 Ziff. 5.

befugnis voneinander. Der Begriff „Macht" schweigt darüber, ob die Ausübung des Könnens gestattet ist. Der Begriff „Befugnis" äußert sich nicht über die Fähigkeit, das Handelndürfen auszunutzen. Sonach greift keiner der beiden Begriffe in das Herrschaftsgebiet des anderen hinein. Denkbar ist somit befugnislose Macht und machtlose Befugnis, also theoretisch auch Vertretungsmacht ohne Befugnis und umgekehrt.

4. Die in vorstehendem dargelegte völlige Verschiedenheit des Wesens von Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis wird in der Literatur im allgemeinen nicht genügend beachtet. Allenthalben begegnet man einer synonymen Anwendung beider Worte[15]). Dabei fand der Verfasser beide Worte gleichmäßig für Vertretungsmacht angewandt, während das Wort Vertretungsmacht für „Vertretungsbefugnis" nirgends zu finden war, ein Beweis, daß der Unterschied zwischen beiden Begriffen doch gefühlt wird und der willkürliche Gebrauch der Worte nur darin seinen Grund hat, daß der Begriff der Vertretungsbefugnis — der, wie wir sehen werden, sich nicht mit Geschäftsführungsbefugnis deckt — nicht voll erkannt wird. Auch das Handelsgesetzbuch gebraucht beide Worte synonym; vergleiche § 49 Abs. 2 („Befugnis" statt „Ermächtigung"), § 125 Abs. 2 („berechtigt" und „befugt" statt „ermächtigt"), § 125 Abs. 3 verglichen mit dem entsprechenden § 232 Abs. 2 (hier richtig „ermächtigt", dort statt dessen „befugt"), § 125 Abs. 4 verglichen mit dem entsprechenden § 234 Abs. 1 (hier richtig „Vertretungsmacht", dort statt dessen „Vertretungsbefugnis")[16]).

III. Alle bisher aufgestellten Merkmale der Vertretungsmacht passen aber ebensogut auf die Vollmacht. Der Unterschied zwischen beiden ergibt sich aus folgendem:

Nach § 125 Abs. 1 HGB entsteht, ebenso wie dies nach Art. 115 ADHGB anzunehmen ist, die Vertretungsmacht unabhängig von dem Willen der Gesellschafter, dem nur der Ausschluß davon überlassen ist. Der Vertretungsermächtigte verdankt also seine Vertretungsmacht nicht dem Willen der anderen Gesellschafter. Er ist „geborener" Vertreter der Gesellschaft[17]); seine Macht ruht auf dem Gesetz, nicht auf einer Vollmacht, d. i. einer rechtsgeschäftlichen Uebertragung[18]).

---

[15]) Staud. § 714 Ia spricht sogar von „Machtbefugnis" des Vertreters.

[16]) Aehnlich Makower § 235 Ia.

[17]) So Staub § 126 3, Lehmann-Ring § 125 1, Goldmann § 125 Nr. 2, Gierke S. 587, 601, Hergenhahn-Tuchatsch S. 163, Behrend S. 507, Bacmeister in Zeitschrift für HR Bd. 55 S. 436, RG Bd. 2 S. 32.

[18]) Hierüber herrscht kein Streit. Vgl. die in Anm. 17 angeführten Autoren, ferner Brand § 125 1d, Ritter § 125 2, Lastig S. 363, Lehmann-Ring § 125 Nr. 1 und 2, Renaud S. 357, Thöl S. 326, Hill S. 12, ROHG Bd. 15 S. 7, RG Bd. 15 S. 127 ff.

Bei der Gesellschaft des BGB werden nur die Gesellschafter vertreten (§ 714 BGB). Dort liegt Vollmacht vor. Vgl. Biermann S. 106, Planck § 714 I, Motive zum BGB Bd. II S. 609, Knoke S. 74 f.

Sie entsteht unmittelbar aus dem Gesetz, ebenso wie die Vertretungsmacht des Vaters. Der Gründungsvertrag ist — ähnlich wie der Adoptionsvertrag für die Vertretungsmacht des Adoptanten oder wie die Eheschließung für die Schlüsselgewalt — nur die Voraussetzung für das Eingreifen des Gesetzes[19]). Hiernach ist eine Scheidung zwischen einer gesetzlichen und einer auf Vertrag beruhenden gesellschaftlichen Vertretungsmacht[20]) begrifflich nicht möglich. Eine „auf Vertrag beruhende" ist vielmehr nur eine nicht ausgeschlossene gesetzliche Vertretungsmacht. Daraus ergibt sich ferner, daß eine gesellschaftliche Vertretungsmacht dritter Personen unmöglich ist, Dritten vielmehr nur Vollmacht erteilt werden kann. Als **Definition** der gesellschaftlichen Vertretungsmacht ergibt sich somit:

Vertretungsmacht bei der offenen Handelsgesellschaft ist die kraft Gesetzes aus dem Gesellschaftsgründungsvertrag entspringende Fähigkeit eines Gesellschafters, im Namen der Gesellschaft mit unmittelbarer Wirkung für und gegen diese rechtlich erhebliche Handlungen vorzunehmen.

§ 6.

Fortsetzung: IV. Nicht Begriffsmerkmal: Auftreten Dritten gegenüber.

1. In der Literatur wird meist noch als weiteres Begriffsmerkmal aufgestellt, die Vertretungsmacht „kennzeichne" oder „bezeichne" nur das Verhältnis nach außen, oder „beziehe" sich nur darauf, im Gegensatz zur Geschäftsführung, die sich nur auf das Innenverhältnis beziehe[1]). Viele verdeutlichen dies noch dahin, daß die Vertretungsmacht nur das Verhältnis gegenüber Dritten ergreife[2]). Dies dürfte schon aus dem Grunde ungenau sein, weil auch die Handlungen Bevollmächtigter der Gesellschaft das Verhältnis nach außen, gegenüber Dritten ergreifen. Weiter würden aber auch nach der vorstehenden Unterscheidung die Vertretungsermächtigten die Gesellschaft nur Nichtgesellschaftern gegenüber vertreten können, während die Vertretung der Gesellschaft den Gesellschaftern als solchen gegenüber durch Geschäftsführende vorzunehmen wäre, was die unten unter 3 b — e Aufgeführten sogar ausdrücklich betonen. Dies ist jedoch, wie sich aus Folgendem ergibt, wohl nicht zuzugeben:

---

[19]) So Biermann S. 105.

[20]) Wie sie Goldmann § 127 Ziff. 2, Staub § 127 Ziff. 1 kennen.

[1]) So Makower § 114 I, Staub § 114 1, Goldmann § 114 1, K. f. Handelsf. Annaberg in Sächs. Arch. Bd. X S. 774, Lehmann-Ring § 114 Nr. 2, Hergenhahn-Tuchatsch S. 102, 163, Lehmann S. 302, Puchelt-Förtsch Art. 99 1.

[2]) So Makower § 125 IIa, Brand § 114 1, Ritter § 114 1, Goldmann § 125 Nr. 1, Rudorff S. 66, Hill S. 10.

2. Darüber, daß Rechte und Pflichten zwischen der offenen Handelsgesellschaft und dem einzelnen Gesellschafter als solchem — d. i. über die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis selbst ergebenden Fragen, wie Beitragsleistung und Gewinnauszahlung — möglich sind, ebenso ein Gegenübertreten im Prozeß, besteht jetzt kein Streit mehr[3]), wird auch vom Gesetz ausdrücklich anerkannt, insofern es in §§ 110, 113 HGB die Gesellschaft als berechtigt und verpflichtet gegenüber den einzelnen Gesellschaftern hinstellt[4]). Dabei ist nicht anzunehmen, daß die Gesellschaft in diesem Falle etwas anderes ist als Nichtgesellschaftern gegenüber, woraus sich eine Verschiedenheit in der Konstruktion der Vertretung ergäbe. Sie ist nicht etwa beim Auftreten gegenüber einem Gesellschafter (z. B. bei Klage auf Beitragszahlung) nur die Zusammenfassung der übrigen Gesellschafter[5]), sondern auch hier aller Gesellschafter einschließlich des ihr gegenüber Auftretenden, wie Gierke[6]) zutreffend darlegt. Die Absonderung der Vermögensmassen wirkt hier wie eine Verschiedenheit der Vermögensherren[7]).

3. Nach innen ist somit die Gesellschaft dasselbe: die Zusammenfassung aller Gesellschafter. Daß bei ihrer Vertretung insofern ein Unterschied zwischen beiden Fällen besteht, als im Verhältnis nach innen der Gegner der Gesellschaft durch deren Vertreter mitvertreten wird, da ja der Gegner hier auch Teil der Gesellschaft ist, ändert nichts an der Konstruktion der Vertretung. Diese wird dadurch keine andere, daß auf der Gegenseite ein Gegner mit besonderen Eigenschaften steht. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß diese beiden Teile der Vertretungsmacht (Macht zur Vertretung Gesellschaftern als solchen einerseits und Nichtgesellschaftern oder Gesellschaftern als Privatpersonen andererseits gegenüber) notwendig in der Hand der-

---

[3]) Vgl. Staub § 113 2, Ritter § 109 6, Gierke S. 520 ff. 453, 530, v. Hahn, S. 530—534, Behrend S. 469, 536, Laband in Zeitschr. f. HR Bd. 10 S. 21—40, Lehmann S. 299, Herg.-Tuch. S. 101, Renaud S. 441, Knoke S. 33, Markull S. 23, ROHG Bd. 5 S. 205, Bd. 19, S. 416, Bd. 25 S. 161, RG Bd. 3 S. 59, Bd. 31 S. 140, Bd. 39 S. 169, RG in Seuff. Arch. Bd. 36 Nr. 211, Oberapp. Dresden in Buschs Arch. Bd. 9 S. 393 und in Seuff. Arch. Bd. 20 Nr. 157, OLG Dresden in Zeitschr. für HR Bd. 11 S. 528.

[4]) Vgl. auch §§ 111, 122 HGB: „Gesellschaftskasse".

[5]) Wie Behrend S. 469 Anm. 7, Herg.-Tuch. S. 40, Markull S. 23 ohne Angabe von Gründen behaupten.

[6]) S. 531: „Denn sobald z. B. die Verbindlichkeit zur Einzahlung einer Einlage oder einer Ersatzsumme von 1000 als Verbindlichkeit der Gesellschaft vorgestellt wird, muß an dem gegenüberstehenden Rechte der Gesellschaft doch auch der verpflichtete Gesellschafter als beteiligt gedacht werden. Nur hieraus erklärt sich ja die Zulässigkeit eines Abzugs auf den eigenen Anteil. Auch wäre es sonst unbegreiflich, daß er unter einer Firma, die doch auch die seine ist und vielleicht gerade seinen Namen enthält, beklagt werden könnte, dafür aber vermöge seiner Teilhaberschaft am Gesellschaftsvermögen auch an dem gegen ihn selbst erstrittenen Siege teil hat".

[7]) Laband in Zeitschr. f. HR Bd. 31 S. 22, Herg.-Tuch. S. 65.

selben Person liegen müssen. Es ist an sich sehr wohl denkbar, daß nach innen die Vertretungsmacht den geschäftsführenden, von der Vertretung nach außen ausgeschlossenen Gesellschaftern zusteht. Ob dies der Fall ist, ist nicht eine Frage der Begriffe, sondern des positiven Rechts. Wie dieses die Frage regelt, ist wenig erörtert und wird verschieden beantwortet.

Es werden folgende Ansichten vertreten:

a) Bei allen Rechtshandlungen vertreten die Vertretungsermächtigten[8]).

b) Bei allen Rechtshandlungen vertreten die Geschäftsführungsbefugten[9]). Diese letztere Ansicht wird wie folgt begründet:

aa) Der einzelne Gesellschafter stehe der Gesellschaft immer als Gesellschafter, nicht wie ein beliebiger Dritter gegenüber, sodaß lediglich die für die innere Seite der Gesellschaft geltenden Rechtsprinzipien maßgebend seien (Gierke, ähnlich Staub).

bb) Das Gesetz verweise derartige Beziehungen in den zweiten Titel des Abschnittes von der offenen Handelsgesellschaft, es stelle das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander dem Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu Dritten entgegen; allerdings könne auch ein Vertretungsermächtigter die Gesellschaft gegenüber Gesellschaftern als solchen vertreten. (Lehmann-Ring).

cc) Die übrigen Gesellschafter seien berechtigt, über die Geltendmachung von Ansprüchen aus § 112 HGB gemäß § 113 Abs. 2 HGB zu beschließen; daher können sie diesen Beschluß auch ausführen (Staub).

Zwischen diesen entgegengesetzten Ansichten (a und b) werden folgende vermittelnde Meinungen vertreten:

c) Soweit Gebrauch der Firma nötig ist, also insbesondere bei Wechseln, vertreten die Vertretenden, sonst die Geschäftsführenden. So v. Górski[10]): denn Vertretungsmacht, das sei das Recht der Firmenführung, sei unbeschränkbar; dem Geschäftsführenden könne daher das Recht der Firmenzeichnung nicht eingeräumt werden, ohne daß er volle Vertretungsmacht erlange. Ebenso Behrend[11]), der aus diesem Grunde auch die Prozeßführung durch Geschäftsführende als solche nicht zuläßt.

---

[8]) So Mak. § 113 III, Markull S. 38, anscheinend auch Ritter § 126 3; Makower äußert sich zwar nur betr. des Ersatzanspruchs im Falle des § 113 des HGB., jedoch liegt kein Grund vor, diesen Anspruch als Ausnahme vom Prinzip zu behandeln.

[9]) So Gierke S. 531, 570, Lehm.-Ring § 114 3, Puchelt Artt. 90 1, 115 9, 116 3, Tobias S. 7, Dettmann S. 46, Fiedler S. 35, Rathsburg S. 27, ferner v. Hahn S. 532, der jedoch insofern nicht ganz deutlich ist, als er in dem von ihm gewählten Beispielsfalle als Vertragschließenden einen weder von Geschäftsführung noch Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter wählt, ferner Staub § 113 2 bezgl. des Sonderfalls des § 113 HGB.

[10]) S. 65, 68, 69.

[11]) S. 531 Anm. 18. S. 539 insbes. Anm. 12.

d) Im Prozeß gegen Gesellschafter als solche vertreten die Vertretenden, sonst die Geschäftsführenden. So Staub 6/7. Auflage, bezüglich des typischen Sonderfalls des § 113 HGB[12]) mit der Begründung, das Wahlrecht, der innere Akt, stehe den Geschäftsführenden zu; aber der Prozeß sei ein nach außen wirkender Akt, durch welchen die Gesellschafter auch mit Dritten in Beziehung treten.

e) Grundsätzlich vertreten die Vertretungsermächtigten, es sei denn, daß die übrigen Gesellschafter etwas Anderes bestimmen. So Goldmann[13]) bezüglich des Falls des § 113 HGB. Er meint: Der Beschlußfassung der übrigen Gesellschafter unterliege nicht nur die Frage, ob Rechte geltend zu machen seien, sondern auch wie, insbesondere durch wen. Die übrigen Gesellschafter können daher bestimmen, wer geltend machen soll; dieser habe dann Vertretungsmacht. Fehle eine Beschlußfassung hierüber, dann erfolge die Geltendmachung auch außerhalb des Prozesses durch Vertretungsermächtigte; denn der Gesellschafter stehe der Gesellschaft hinsichtlich dieses Anspruchs wie ein Dritter gegenüber.

f) Nur bis zu gewissem Grade verwertbar sind die Meinungen derer, die sich nur hinsichtlich des Prozesses äußern. Diese schreiben die Vertretungsmacht den Vertretungsermächtigten zu[14]).

4. Zu diesen Ansichten ist zu bemerken:

a) Nicht berechtigt ist die Scheidung zwischen Prozeßhandlungen und anderen Rechtshandlungen. Um deswillen, weil die Gesellschaft durch den Prozeß mit Dritten „in Beziehung" tritt, wird das Rechtsverhältnis zwischen ihr und dem Gesellschafter nicht anders. Die Gesellschaft tritt im Prozeß nicht Dritten, d. i. Nichtgesellschaftern, gegenüber als Gesellschaft auf, sondern dem Gesellschafter gegenüber genau so, wie außerhalb des Prozesses. Damit dürfte die Ansicht 3d fallen[15]).

b) Das Wesen der Vertretungsmacht erschöpft sich nicht im Gebrauch der Firma (vgl. oben § 5 I 4). Denkbar ist Vertretung ohne Firmengebrauch. Es ist daher willkürlich, den Teil der Vertretungsmacht, kraft dessen die Firma gebraucht wird, den Vertretungsermächtigten, den anderen Teil den Geschäftsführenden zuzuschreiben. Damit fällt Ansicht 3c.

c) Gegen Goldmanns Ansicht (3e) ist folgendes anzuführen: Richtig ist, daß die übrigen, bez. außer dem Fall des § 113 HGB die Geschäftsführenden als solche, bestimmen können, wie, insbesondere durch wen eine Handlung vorgenommen werden soll. Wenn aber die geschäftsführenden Gesellschafter — bez. im Falle des § 113 HGB

[12]) In Anm. 2 zu § 113.
[13]) In Nr. 12 zu § 113.
[14]) So ROHG Bd. 19 S. 416, Bd. 25 S. 158, Oberapp. Ger. Dresden in Zeitschr. f. HR. Bd. 11 S. 528.
[15]) Vgl. Goldmann § 113 Nr. 12.

die übrigen Gesellschafter — bestimmen, wer zu handeln hat, so hat der so Ausersehene zwar die Befugnis zur Vertretung, aber noch keine Vertretungsmacht; er hat die Erlaubnis zu einer Handlung, zu deren Vornahme ihm die Fähigkeit fehlt. Der Ausschluß von der Vertretungsmacht kann ja nur durch Gesellschaftsvertrag, also Willenseinigung aller Gesellschafter, nicht durch den Willen der Geschäftsführenden, oder der übrigen Gesellschafter allein aufgehoben werden. Auch Spezialvollmacht erlangt der von den Geschäftsführenden — bez. übrigen Gesellschaftern — Bestimmte nicht, denn Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft kann nur von Vertretungsermächtigten als solchen erteilt werden.

d) Bestechend erscheint die Meinung 3b; doch kann auch ihr wohl nicht beigetreten werden.

Richtig ist, daß der einzelne Gesellschafter der Gesellschaft nicht wie ein beliebiger Dritter gegenüber steht, und daß es sich um rein innere Angelegenheiten handelt. Nicht zuzugeben ist aber wohl der daraus hergeleitete Schluß, daß deshalb lediglich die für die innere Seite der Gesellschaft maßgebenden Rechtssätze gälten, obwohl auch sie, wie unten (5) dargelegt wird, in Betracht zu ziehen sind.

Auch die Ansicht von Lehmann-Ring dürfte nicht richtig sein. Daß innenrechtliche Fragen, wie er meint, lediglich im zweiten Titel geordnet sind, ist nicht zutreffend. Der eine innenrechtliche Frage behandelnde § 127 HGB steht im dritten Titel („Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu Dritten"). Daher kann aus der Stellung der Regeln über die Geschäftsführung im Gesetz kein Schluß auf die Vertretungsmacht der Geschäftsführenden gegenüber Gesellschaftern als solchen hergeleitet werden[16]).

Noch weniger ist wohl der Schluß von Staub zuzugeben, daß der, welcher das Recht habe, etwas zu beschließen, auch deshalb imstande sei, den Beschluß auszuführen.

Vielmehr ist davon auszugehen, daß der Begriff der Geschäftsführungsbefugnis nichts enthält über die Fähigkeit, die Befugnis auszuüben. Den Begriff der Geschäftsführungsbefugnis ist der Begriff der Vertretungsmacht durchaus fremd. Vertretungsmacht ist in der Geschäftsführungsbefugnis genau so wenig enthalten, wie Kenntnis der Buchführung, Warenkenntnis u. dergl. Wem Geschäftsführungsbefugnis verliehen ist, der hat um dieser Verleihung willen ebensowenig die Macht zur Vertretung, wie er dadurch an kaufmännischen Fähigkeiten reicher wird.

Weiter ist zu berücksichtigen, daß die Ansicht 3b die Vertretungs-

---

16) Ueberdies ist nicht recht verständlich, wie Lehmann-Ring dann rechtfertigen will, daß auch die Vertretungsermächtigten vertreten können. Folgerichtig müßte er dann insoweit die Vertretungsermächtigten von der Vertretung ausschließen. § 126 Abs. 2 HGB stünde dem nicht entgegen, denn die dort bestimmte Unbeschränkbarkeit gilt ja nur Dritten gegenüber.

macht in zwei Teile spaltet: Vertretungsmacht Gesellschaftern als solchen gegenüber und Anderen gegenüber. Ein innerer Grund für diese Teilung ist nicht zu erkennen, weder ein begrifflicher noch ein praktischer. Wenn beispielsweise die Gesellschafter einem kaufmännisch Unerfahrenen um seiner besonderen juristischen Kenntnisse willen Vertretungsmacht ohne Geschäftsführungsbefugnis lassen, so ist nicht einzusehen, warum nach innen der Wille der Gesellschafter, daß gerade dieser wegen seiner besonderen Fähigkeiten die Gesellschaft vertreten soll, ein anderer sein sollte.

Der Annahme einer Vertretungsmacht von geschäftsführenden Gesellschaftern widerspricht auch die Vorschrift des § 126 Abs. 2 HGB. Denn die Ansicht der Gegner läuft auf eine ihrem Umfang nach beschränkte Vertretungsmacht hinaus, insofern Vertretungsmacht nur Gesellschaftern als solchen gegenüber gegeben wird. Nach § 126 Abs. 2 HGB würde diese Beschränkung Dritten gegenüber unwirksam sein. Hieraus ergäbe sich, daß mit Geschäftsführungsbefugnis notwendig zugleich volle Vertretungsmacht verliehen wäre, was, wie noch (in § 8 I) darzulegen sein wird, dem Sinne des Gesetzes nach jetzt einstimmiger Ansicht widerspricht.

5. Sonach ist zur Vertretung der Gesellschaft auch den Gesellschaftern als solchen gegenüber nur ein Vertretungsermächtigter legitimiert. Rechtsgeschäfte, die ein von der Vertretung ausgeschlossener Gesellschafter namens der Gesellschaft mit Gesellschaftern vornimmt, wirken grundsätzlich weder für noch gegen die Gesellschaft; ebenso ist ein nur geschäftsführender Gesellschafter mit einer namens der Gesellschaft erhobenen Klage abzuweisen.

Gleichwohl sind für die Legitimation zur Vertretung gegenüber Gesellschaftern als solchen nicht lediglich die Vorschriften über die Vertretungsmacht anzuwenden. Beschränkungen des Umfangs der Vertretungsmacht sind ja nur Dritten gegenüber unwirksam (§ 126 Abs. 2 HGB). Gesellschaftern als solchen gegenüber richtet sich der Umfang der Vertretungsmacht nach dem der Vertretungsbefugnis, ist sonach beschränkt auf die Fälle, in denen auf Vornahme der Vertretung zielende Beschlüsse von geschäftsführenden Gesellschaftern vorliegen. (Vgl. § 7, § 17 II 2). Hinsichtlich des Umfangs der Vertretungsmacht kommen also hier die Vorschriften über die Geschäftsführung zur Anwendung, sodaß der Gesellschafter, welcher der Gesellschaft gegenüber tritt, deren Vertreter einwenden kann, er habe den Widerspruch eines Geschäftsführenden unbeachtet gelassen[17]).

6. Ergibt sich daher, daß die Vertretungsmacht sich auch auf die Vertretung nach innen erstreckt, so muß die herkömmliche Darstellung, daß die Vertretung sich nur auf das Außenverhältnis beziehe, mindestens als ungenau bezeichnet werden.

[17]) So v. Hahn in dem von ihm gewählten Beispielsfalle S. 467, a. M. im hier gewählten Beispielsfalle Markull S. 38.

Die praktische Folge vorstehender Untersuchungen im Gebiete unserer Aufgabe ist die, daß die Entziehung nach § 127 HGB auch die Vertretungsmacht gegenüber den Gesellschaftern als solchen nimmt, was nach den hier bekämpften Meinungen nur eine Folge der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis wäre, und daß umgekehrt die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis die Vertretungsmacht gegenüber den einzelnen Gesellschaftern unberührt läßt.

§ 7.

C. Begriff der Vertretungsbefugnis.

1. Das Wesen der Vertretungsbefugnis ist in der Literatur noch nicht besonders untersucht. Der Verfasser fand nur wenige Autoren, die sich, wenn auch nur kurz, überhaupt über das Wesen des Innenverhältnisses bei der Vertretung der offenen Handelsgesellschaft äußern[1]). Dabei identifizieren die meisten[2]) die Vertretungsbefugnis mit der Geschäftsführungsbefugnis, eine Ansicht, der, wie sich aus folgendem ergibt, wohl nicht beigepflichtet werden kann. Wenn im Gesellschaftsvertrag einem Gesellschafter die ihm gesetzlich zustehende Vertretungsmacht gelassen ist, begreift nach dem Sinne des Vertrags der von ihm zu leistende Beitrag notwendig deren Ausübung. Zu dieser ist er gemäß § 705 BGB, § 105 Abs. 2 HGB verpflichtet und damit notwendig auch berechtigt. Dabei muß es gleichgültig sein, ob er von der Geschäftsführungsbefugnis ausgeschlossen ist[3]) oder nicht. Zur Herausschälung des Wesentlichen sei in folgendem angenommen, daß ein solcher Ausschluß von der Geschäftsführungsbefugnis vorliegt.

2. Wenngleich ein Recht und eine Pflicht zur Vertretung bei dem nur zur Vertretung Ermächtigten vorliegt, so ist doch zu berücksichtigen, daß das Recht selbständiger Entschließung nach dem oben § 4 Nr. 5 Gesagten lediglich den geschäftsführenden Gesellschaftern zusteht, daß nur diese bestimmen dürfen, welche Handlungen des Geschäftsbetriebes vorzunehmen oder zu unterlassen sind, also auch, ob vertreten werden soll oder nicht. Daher kann das Recht und die Pflicht zur Vertretung im gegebenen Falle nur vorliegen, wenn eine auf Vornahme einer Vertretungshandlung zielende Willensäußerung geschäftsführender Gesellschafter vorliegt. Der Vertretungsbefugnis fehlt somit gerade das wesentliche Merkmal der Geschäftsführungsbefugnis, das Recht eigener Initiative[4]).

---

[1]) Nur Mak. 125 IIa, v. Górski S. 15, 30, Glünicke in Zeitschr. für HR Bd. 36 S. 352, Goldm. § 127 Nr. 5, Puchelt Art. 101 7, Brand § 127 3.

[2]) Makower, Glünicke und Puchelt. Entsprechend identifizieren Goldmann und Brand die Pflicht zur Vertretung mit der Pflicht zur Geschäftsführung.

[3]) Ueber die Möglichkeit dieser Bestimmung s. u. § 8. Schon aus der Möglichkeit, daß Vertretungsbefugnis ohne Geschäftsführungsbefugnis vorliegen kann, ist ersichtlich, daß beides nicht identisch ist; ebenso i. E. v. Górski S. 30.

[4]) Ebenso v. Górski S. 15.

Die Mittätigkeit der geschäftsführenden Gesellschafter ist aber nicht so aufzufassen, als ob durch sie die Befugnis zur Vertretung erst verliehen und die Pflicht dazu erst begründet wird. Es kann unmöglich einem Gesellschafter eine Pflicht einseitig aufgebürdet werden, die er nicht vertraglich übernommen hat. Entsprechend würde auch, wenn eine Verleihung der Befugnis anzunehmen wäre, es ohne jedesmaliges Einverständnis des Vertretungsermächtigten an einem Rechtstitel der Verleihung fehlen. Vielmehr ist davon auszugehen, daß damit, daß das Gesetz jeden Gesellschafter zur Vertretung ermächtigt, er im Sinne des Gesetzes auch zur Vertretung befugt und verpflichtet sein soll. Daher ist, obgleich ausdrückliche Bestimmungen des Gesetzes fehlen, ebenso wie bei der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht anzunehmen, daß die Befugnis und die Pflicht zur Vertretung kraft Gesetzes aus dem Gesellschaftsvertrag entspringt. Diese Befugnis und Pflicht ist aber, da das Recht der Initiative hier fehlt, als eine durch den Willen der geschäftsführenden Gesellschafter bestimmbare anzusehen.

Vertretungsbefugnis (Vertretungspflicht) ist somit das (die) kraft Gesetzes aus dem Gesellschaftsvertrag entspringende, jedem der übrigen Gesellschafter gegenüber bestehende Recht (Pflicht), die Gesellschaft gemäß dem Willen der Geschäftsführenden zu vertreten.

3. Im Vorstehenden haben wir angenommen, daß Vertretungsmacht, aber keine Geschäftsführungsbefugnis vorlag. Solch scharfe Scheidung ist in der Praxis selten. In der Regel ist beides in denselben Personen vereint und deshalb kommt die Vertretungsbefugnis nicht selbständig zur Erscheinung, weil die Beziehungen zwischen Vertretung und Geschäftsführung sich dann innerhalb derselben Person abspielen, was zu der irrtümlichen Auffassung der in Anm. 2 angeführten Autoren, Vertretungsbefugnis und Geschäftsführungsbefugnis seien identisch, offenbar Veranlassung gab[5]). Doch sei darauf hingewiesen, daß auch bei ganz normaler Verteilung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht die Vertretungsbefugnis auftauchen kann. So besteht, wenn außergewöhnliche Darlehen aufgenommen werden sollen, nach § 116 Abs. 2 HGB Gesamtgeschäftsführung, aber nach § 125 Abs. 1 HGB Alleinvertretungsmacht. Die Befugnis und Pflicht des Betreffenden, hier zu vertreten, kann nur durch die Annahme eines selbständigen, nicht aus seiner Geschäftsführungsbefugnis hergeleiteten Rechts bez. einer selbständigen Pflicht erklärt werden. Wegen des näheren Umfangs dieser Befugnis und Pflicht vgl. § 17 II 2.

---

[5]) Das Mitspielen der Vertretungsbefugnis fühlt Lastig S. 358, wenn er sagt, Vertretungsmacht ohne Geschäftsführungsbefugnis sei undenkbar, mindestens müsse der betreffende Gesellschafter „formale Geschäftsführung" haben.

§ 8.

D. Das Verhältnis der Begriffe untereinander.

I. Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht.

Da wir erkannt haben, daß die Bezeichnung „Verhältnis nach außen" auch auf andere Begriffe, als die gesellschaftliche Vertretung paßt, und diese überdies auch eine Vertretung nach innen sein kann, dürfte von der herkömmlichen Scheidung, die Geschäftsführung beziehe sich auf das Innenverhältnis, die Vertretung auf das Außenverhältnis der Gesellschaft, abzusehen sein; wir haben dagegen mit voller Deutlichkeit erkannt: Vertretungsmacht ist rechtliches Können, nicht Dürfen, nicht Sollen. Geschäftsführungsbefugnis ist nur Dürfen, nicht Können; Geschäftsführungspflicht ist nicht Können, nur Sollen. Können kann vorliegen ohne Dürfen und umgekehrt. Hiernach können Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis unmöglich zwei Seiten desselben Begriffs sein[1]), ein Gedanke, der erst in neuerer Zeit überwunden ist. Es sind zwei grundverschiedene Begriffe, deren Struktur garnicht vergleichbar ist. Beide Begriffe entsprechen sich auch nicht. Der Vertretungsmacht auf Seiten der Vertretung entsprechen auf Seiten der Geschäftsführung die persönlichen Fähigkeiten der Gesellschafter, insbesondere die technischen Kenntnisse, die Warenkenntnisse, Sprachkenntnisse u. dgl. Der Geschäftsführungsbefugnis auf Seiten der Geschäftsführung entspricht auf Seiten der Vertretung die Vertretungsbefugnis.

Soweit Vertretung in Frage kommt[2]), sind die geschäftsführenden Gesellschafter als das beschließende, die Vertretungsermächtigten als das vollstreckende Organ der Gesellschaft anzusehen.

Aus der Verschiedenheit der Begriffe folgt, daß ein Gesellschafter, der von der Vertretungsmacht ausgeschlossen ist, dies nicht notwendig auch von der Geschäftsführung ist und umgekehrt. Dieser Satz ist heute allgemein anerkannt, nachdem ihn Laband[3]) zuerst aufgestellt hat[4]).

---

[1]) Wie in der älteren Literatur im Anschluß an die Prot. der Nürnb. Konf. (vgl. oben § 2 zu Anm. 4) meist angenommen wurde.

[2]) Ohne diese Einschränkung ebenso v. Górski S. 16. Im übrigen können die Geschäftsführenden auch vollstrecken, soweit sie die Fähigkeit dazu haben.

[3]) In Zeitschr. f. HR Bd. 14 S. 612.

[4]) Staub § 114 1, § 117 1, Goldm. § 114 Nr. 1, Mak. § 114 I, Brand S. 333, 360, Ritter § 114 1, Lehm. S. 314, Lehm.-Ring § 114 Nr. 2, Gar.-Fuchsb. Art. 99 Anm. 61, Endemann S. 177, Puchelt Art. 99 1, v. Hahn vor Artt. 99—104 § 2, Herg.-Tuch. S. 103, Hill S. 11, Rathsburg S. 5, Fiedler S. 3 ff.; insbesondere vgl. die Schrift v. Górski S. 8, die diesen Satz in besonders scharfer Form durchführt. — Von den Vertretern des Bürgerlichen Rechts Planck § 714 2, Ehrenberg im HWB S. 721, Staudinger § 714 Id, Dernburg Bd. II S. 619/20, Oertm. § 715 1, Knoke S. 74. — Verwechslungen zwischen beiden Begriffen kamen trotzdem nicht nur in der älteren Literatur vor (vgl. die zahlreichen Beispiele bei v. Górski S. 5, 6), sondern auch in neuerer Zeit; so bei Herg.-Tuch. S. 52, der von der Unbeschränkbarkeit der Geschäfts-

Diese Trennung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht wird praktisch nicht die Regel bilden. Gleichwohl sind, wie jetzt allgemein anerkannt ist, Fälle möglich, wo Vertretungsmacht ohne Geschäftsführungsbefugnis und umgekehrt vorliegen[5]). So z. B. kann ein Gesellschafter in Angelegenheiten der Warenprüfung, Arbeiterbeaufsichtigung, Buchführung, überhaupt der technischen Leitung erfahren sein, während seine Ungewandtheit im Verkehr mit Dritten, erregende Krankheit, Unkenntnis der Verkehrssprache, schlechter Ruf, der das Ansehen, schlechte Vermögenslage, die den Kredit der Gesellschaft gefährdet, mangelndes juristisches Unterscheidungsvermögen u. dgl. ihn als zur Vertretung ungeeignet erscheinen lassen und daher die Gesellschafter bestimmen können, ihn zwar nicht von der Geschäftsführung, wohl aber von der Vertretung auszuschließen. Seltener werden die Fälle sein, wo Vertretungsmacht ohne Geschäftsführungsbefugnis besteht. Doch auch diese sind möglich. So kann einem Gesellschafter ehrenhalber die Vertretungsmacht belassen sein, es kann auch in Frage kommen, daß ein in kaufmännischen Fragen unerfahrener Gesellschafter besondere juristische Kenntnisse oder besondere wichtige persönliche Beziehungen hat, oder ganz besonderes Ansehen genießt. In gewissem Umfange ist Vertretungsmacht ohne Geschäftsführungsbefugnis sogar das Normale, nämlich soweit der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis geringer ist, als derjenige der Vertretungsmacht, so bei der gesetzlichen Verteilung der Geschäftsführung und Vertretung. Daher besteht der Vorteil der strengen Scheidung beider Begriffe nicht nur in der schnelleren, sichereren und leichteren Rechtsanwendung[6]), sondern die Scheidung ist notwendig, insoweit ein Gesellschafter Vertretungsmacht haben kann, ohne zur Geschäftsführung befugt zu sein.

II. Das Verhältnis zwischen Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis haben wir oben in § 5 II im allgemeinen bereits erörtert. Dort haben wir gesehen, daß begrifflich Vertretungsmacht ohne Vertretungsbefugnis und umgekehrt bestehen kann. Auch praktisch ist denkbar, daß Vertretungsbefugnis ohne Vertretungsmacht vorliegt. Denn Vertretungsbefugnis ist, wie unter III dargelegt wird, in der Geschäftsführungsbefugnis mit enthalten, sodaß bei geschäftsführenden, von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschaftern Vertretungsbefugnis ohne Vertretungsmacht besteht. Dagegen ist praktisch Vertretungsmacht ohne Vertretungsbefugnis nicht wohl denkbar; denn nach dem Sinn des Gesetzes (vgl. oben § 7 Ziff. 1) und dem zu vermutenden Parteiwillen wird stets anzunehmen sein, daß der Vertretungsermächtigte

führungsbefugnis redet, ferner bei Staub § 125 12, der den Inhalt eines an die Gesellschaft gerichteten Schreibens wirksam werden läßt, sobald es nur einem Geschäftsführenden zugegangen sei.

[5]) Vgl. Goldm. § 114 1, § 127 7, Staub §§ 114 1, 127 1, Lehm.-Ring § 127 4, Herg.-Tuch. S. 103, Schmidt S. 55.

[6]) Wie v. Górski S. 3 meint.

auch die Befugnis haben soll, die Gesellschaft entsprechend dem Willen der Geschäftsführenden zu vertreten. Geht der Wille der Geschäftsführenden dahin, daß ein Vertretungsermächtigter nicht vertreten soll, so fehlt ihm in concreto die Vertretungsbefugnis, ohne daß dies im allgemeinen an der Natur seiner Vertretungsbefugnis etwas ändert.

III. Was das schwierigste Gebiet des Verhältnisses zwischen Geschäftsführung und Vertretung, das Verhältnis zwischen den Begriffen Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsbefugnis anlangt, so zeigen die vorgenommenen Untersuchungen (§ 4 Ziff. 5 und § 7), daß sie sich nur in zwei Punkten unterscheiden. Einmal besteht die Geschäftsführungsbefugnis in der Befugnis zur Führung von Geschäften der Gesellschaft schlechthin, ohne Unterschied, ob sie Vertretungshandlungen sind oder nicht (vgl. insbesondere § 4 Ziff. 2), während die Vertretungsbefugnis nur die Befugnis zur Vornahme von Vertretungshandlungen enthält; zum anderen unterscheiden sie sich in dem Recht zur Initiative, das bei ersterer vorhanden ist, aber bei letzterer fehlt. Hiernach aber ist die Geschäftsführungsbefugnis ein plus gegenüber der Vertretungsbefugnis; diese ist begrifflich in jener enthalten, dies aber nicht in dem Sinne, daß die Geschäftsführungsbefugnis stets die Vertretungsbefugnis enthalten müsse. Vielmehr kann vermöge der positivrechtlichen Beschränkbarkeit der Geschäftsführungsbefugnis dem Geschäftsführenden die Vornahme von Vertretungshandlungen verboten sein. Daher liegt zwar regelmäßig in Geschäftsführungsbefugnis zugleich auch Vertretungsbefugnis — sodaß der Geschäftsführende, wenn er Vollmacht erhält, kraft eigenen Rechts zur Vertretung befugt und kraft abgeleiteten Rechts ermächtigt ist — aber nicht notwendig. Hiernach enthält zwar der Begriff der Geschäftsführungsbefugnis auch die Vertretungsbefugnis, aber praktisch kann der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis auf Handlungen beschränkt sein, die nicht Vertretung sind. Umgekehrt kann, da ein minus vorliegen kann, wo das plus fehlt, Vertretungsbefugnis ohne Geschäftsführungsbefugnis vorliegen, so in allen Fällen, wo ein zur Vertretung ermächtigter Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, bez. soweit er davon ausgeschlossen ist.

§ 9.

II. Unterabschnitt: Das positive Recht.

I. Nach §§ 117, 127 HGB sind entziehbar die Geschäftsführungsbefugnis und die Vertretungsmacht eines Gesellschafters. Daher gelten die allgemeinen Vorschriften für die Entziehung einer auf Auftrag, Dienstvertrag oder Werkvertrag beruhenden Befugnis zur Besorgung von Geschäften für die Gesellschaft, ebenso für den Widerruf rein tatsächlicher Zulassung der Besorgung von Gesellschaftsgeschäften, ferner

für die Entziehung von gewöhnlichen Vollmachten, sei es, daß sich die Entziehung in allen diesen Fällen gegen einen Gesellschafter, sei es gegen einen Dritten richtet[1]).

1. Folgende Fälle sind daher nicht nach §§ 117, 127 HGB zu behandeln:

a) Aufträge zur Besorgung von Geschäften der Gesellschaft — nicht nur Aufträge im technischen Sinne, sondern auch solche kraft Dienstvertrags oder Werkvertrags — und Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft können auch Dritten erteilt werden. Insbesondere ergibt sich, wenn alle Gesellschafter von der Geschäftsführung[2]) ausgeschlossen sind, mit praktischer Notwendigkeit die Bestellung von Nichtgesellschaftern zur Besorgung von Geschäften der Gesellschaft.

Die Entziehung derartiger Befugnisse und Vollmachten an Dritte kann nicht nach §§ 117, 127 HGB erfolgen.

b. Derartige Aufträge können auch an Gesellschafter erteilt werden, wenn sie von der Geschäftsführung ausgeschlossen oder wenn sie zu den vorzunehmenden Handlungen an sich nur mit anderen gemeinsam befugt sind[3]). In diesen Fällen haben die Beauftragten nur abgeleitete Rechte. Das Recht oberster Entschließung steht nach wie vor den Gesellschaftern zu, unter deren Geschäftsführungsbefugnis die vorzunehmenden Handlungen fallen. Diese können dem Beauftragten jederzeit Weisungen geben, die dieser befolgen muß. Auch hier sind §§ 117, 127 HGB unanwendbar.

c) Ebenso können von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschaftern Vollmachten für die Gesellschaft erteilt werden[4]). Zwar bestimmt § 126 HGB, daß Beschränkungen des Umfangs der Vertretungsmacht Dritten gegenüber unwirksam sind, sodaß daher „Belassung" einer auf einen bestimmten Umfang beschränkten Vertretungsmacht Dritten gegenüber volle Vertretungsmacht verleiht; wo es sich aber nicht um beschränkte gesellschaftliche Vertretungsmacht handelt, sondern um eine auf bestimmte Handlungen beschränkte Vollmacht, kann § 126 HGB nicht Platz greifen. Daher ist Erteilung einer allgemeinen Handlungsvollmacht, ja sogar einer Prokura auf einen von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter sehr wohl möglich.

---

[1]) Vgl. Ansch.-v. V. Art. 101 V, Mak. § 114 II, Lastig S. 362, Renaud S. 285 f., Hill S. 91, Puch. Art. 101 2 Dettmann S. 62, Rudorff S. 67, Erl. zu § 114; für das bürg. Recht, Staud. § 712 IV, Oertmann § 712 Anm. 5, § 715 Anm. 1, RG.-Räte § 715 2, Mot. z. BGB S. 605.

[2]) Ausschluß aller von der Vertretung ist unzulässig; hierüber s. u. § 10.

[3]) Nicht aber zu Handlungen, die sie kraft ihrer Geschäftsführungsbefugnis schon ohnedies vornehmen dürfen, da das dem Grundsatz der Initiative widersprechen würde.

[4]) So auch Puch. Art. 115 8, v. Hahn Art. 115 § 5.

Dies Ergebnis entspricht der herrschenden Ansicht[5]). Dagegen vertreten andere[6]), die Ansicht, daß zwar Vollmacht zu einzelnen bestimmten Handlungen möglich sei, aber Erteilung einer allgemeinen Handlungsvollmacht und erst recht einer Prokura, nach einigen[7]) selbst einer beschränkten Handlungsvollmacht, wenn dem Bevollmächtigten ein noch so geringer Geschäftskreis zugewiesen werde, einem Gesellschafter Dritten gegenüber wegen § 126 Absatz 2 HGB (bez. Art. 116 ADHGB) volle Vertretungsmacht verleihe. Sie meinen: Nach außen stelle sich die Tätigkeit wie eine Vertretungsmacht dar, daher seien Dritte berechtigt anzunehmen, die Ausschließung von der Vertretungsmacht sei ausdrücklich oder stillschweigend beseitigt. Darauf ist mit der herrschenden Meinung zu erwidern, daß für Dritte die Eintragungen im Handelsregister maßgebend sind, sodaß Dritte zu einer derartigen Annahme nicht gelangen können, ferner daß der Bevollmächtigte und Prokurist im schriftlichen Verkehr die Firma ja nur mit Zusatz zeichnen dürfen (§§ 51, 57 HGB). Weiter folgert Staub[8]), es sei eine Ausnahme von dem im § 126 HGB aufgestellten Prinzip der inhaltlichen Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht, daß § 125 Abs. 2 und 3 HGB die Ermächtigung zu ganzen Arten von Geschäften nebenher gestatte; es sei daher nicht angängig, diese an sich schon mit dem Prinzip schwer vereinbare Ausnahme noch weiter auszudehnen. Hier ist der Vordersatz unrichtig. Die Ermächtigung des § 125 Abs. 2 und 3 HGB gibt keine beschränkte gesellschaftliche Vertretungsmacht, sondern ist Erteilung einer gewöhnlichen Vollmacht, was Staub selbst an anderer Stelle[9]) zugibt. Nicht Ausnahme von der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht liegt vor, sondern von der Regel des § 181 BGB, somit von dem Satze, daß Gesamtvertreter nicht einem unter sich Einzelvollmacht erteilen können[10]). Die Entziehung derartiger Vollmachten ist also

---

[5]) Ritter S. 172, Renaud S. 282, Dür.-Hach. Bd. 1 S. 368 § 48 II, Lehm.-Ring § 125 Nr. 8, Goldm. § 48 Nr 4, § 125 Nr. 12, Behrend § 72, Anm. 27, Brand § 125 Anm. 2 d, Herg.-Tuch. S. 191, 124, Gierke S. 568, Lehm. S. 315 § 59 Ziff. 3 d, Ansch.-v. B. S. 191, 193, Mak. § 48 III, Gar.-Fuchsb. Art. 104 Anm. 73, Endemann § 37 Anm. 7, Laband in Zeitschr. f. HR. Bd. 14 S. 363, Glünicke in Zeitschr. f. HR. Bd. 36 S. 353, Puch. in Buschs Arch. Bd. 8 S. 403, Appelationsgericht Marienwerder in Busch's A. Bd. 6 S. 164 f., Kreisger. Dortmund in Zeitschr. f. HR. Bd. 55 S. 418, Staub 5. Aufl. Art. 41 § 2, Schmidt S. 28, Hill S. 25.

[6]) So Staub 9. Aufl. § 114 1, § 125 4, v. Górski S. 123, 124, früher auch Behrend in Zeitschr. f. HR Bd. 28 S. 430, der aber in s. Lehrb. § 72 Anm. 27 diese Ansicht als höchstens de lege ferenda erstrebenswert revidiert.

[7]) Puchelt Art. 99 2, 116 2, v. Hahn Art. 115 § 5.

[8]) im § 125 Anm. 4.

[9]) in Anm. 13 zu § 126.

[10]) Vgl. Ritter § 125 4, Denkschrift S. 91, OLG Dresden in Zeitschr. f. HR Bd. 37 S. 553, Recht 05 S. 347, Holdheim Bd. III S. 305. Staub führt mit Unrecht Ritter § 125 Anm. 4 für sich an. Dieser spricht aber nur davon, daß Gesamtvertreter einem unter sich nicht Handlungsvollmacht oder Prokura erteilen

nicht nach § 127 HGB, wie nach der Meinung der Minderheit anzunehmen wäre, sondern nach allgemeinen Vorschriften vorzunehmen[11]).

2. Ob einem Gesellschafter Auftrag (im weiteren Sinne) erteilt oder Geschäftsführungsbefugnis belassen ist, ferner, ob Vollmacht erteilt oder Vertretungsmacht nicht ausgeschlossen ist, das ist im gegebenen Falle nicht immer leicht zu beurteilen, da der Kreis der unter den Auftrag und die Vollmacht fallenden Handlungen ein sehr großer sein kann und sich daher dem Kreis der unter Geschäftsführung und Vertretungsmacht fallenden außerordentlich nähern kann. Daher ist es dann zweifelhaft, ob §§ 117, 127 HGB Anwendung finden oder nicht[12]),

Hier ist davon auszugehen, daß die Belassung oder die Aufhebung der Ausschließung von Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht nur durch Gesellschaftsvertrag erfolgen kann[13]). Daher kann in den Fällen, wo die Zustimmung einzelner Gesellschafter fehlt, nur Erteilung von Auftrag (im weiteren Sinne) und Vollmacht, nicht aber Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht in Frage kommen. Ob, wenn alle Gesellschafter mitwirken, Gesellschaftsvertrag vorliegt oder nicht, ist Tatfrage. Dabei dürften die folgenden Darlegungen einigen Anhalt geben.

Es ist zu berücksichtigen, daß es sich bei Begründung von derartigen Auftrags- und Vollmachtsverhältnissen um Rechtsverhältnisse zwischen der Gesellschaft und einzelnen Gesellschaftern handelt, sodaß zur Erteilung nur zur Vertretung ermächtigte Gesellschafter legitimiert sind, daß aber der Umfang der Vertretungsmacht dieser legitimierten Personen sich nach der Geschäftsführungsbefugnis richtet (vgl. § 6 Ziff. 5). Daher ist zur Erteilung eines Auftrags oder einer Vollmacht an einen Gesellschafter sowohl ein dahin gehender Beschluß eines Geschäftsführenden, als auch die Vertretungshandlung eines Vertretungsermächtigten notwendig.

Wo nun zwar alle Gesellschafter mitgewirkt haben, aber die Mitwirkung aller zur Auftrags- oder Vollmachtserteilung nicht erforderlich war, wird, da regelmäßig nicht einzusehen wäre, weshalb mehr als nötig mitgewirkt haben sollten, im Zweifel Gesellschafts-

---

können, nicht von Erteilung der Prokura an einen von der Vertretung Ausgeschlossenen, die er gerade im Gegensatz zu Staub für zulässig hält (in Anm. 6 zu § 125).

[11]) Daß auch die gemäß § 125 Abs. 2 und 3 erteilten Ermächtigungen Vollmachten sind und daher für ihre Entziehung die allgemeinen Vorschriften (§ 168 BGB) nicht § 127 HGB anwendbar sind, erkennt Staub selbst in § 127 Anm. 1 an.

[12]) Knoke S. 71 enthebt sich weiterer Untersuchung, indem er sagt, ob Auftrag oder Uebertragung von Geschäftsführungsbefugnis vorliege, sei lediglich aus den Umständen zu entnehmen; wenn sie im Gründungsvertrag festgesetzt sei, so sei im Zweifel Geschäftsführung anzunehmen; wenn die Vereinbarung später erfolgt sei, so lasse sich keine Vermutung aufstellen.

[13]) Ebenso v. Hahn Art. 99 §§ 3, 4, Lastig S. 362.

vertrag, also „Uebertragung" von Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht, nicht von Auftrag oder Vollmacht vorliegen. Dies wird insbesondere der Fall sein, wenn Gesellschafter mitgewirkt haben, bei denen weder die Geschäftsführungsbefugnis, noch die Vertretungsmacht sich auf die Handlungen erstreckt, die der zu Beauftragende oder der zu Bevollmächtigende vornehmen soll. Aus demselben Grunde wird auch im Zweifel Gesellschaftsvertrag anzunehmen sein, wenn die vorzunehmenden Handlungen zwar unter die Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht aller übrigen Gesellschafter fallen, aber deren gemeinschaftliches Handeln nicht notwendig war; so, wenn einem Gesellschafter ein „Auftrag" zur Buchführung von allen übrigen Gesellschaftern gegeben wird; denn zu einem wirklichen Auftrag würde, — abgesehen von der Zustimmung des Beauftragten, — im allgemeinen der Beschluß eines Geschäftsführenden und die Vertretungshandlung eines Vertretenden genügen.

Uebrig bleiben die Fälle, in denen eine Auftrags- oder Vollmachtserteilung nicht ohne Mitwirkung aller übrigen Gesellschafter möglich ist. Dies ist der Fall, wenn die unter den zu erteilenden Auftrag oder die zu erteilende Vollmacht fallenden Handlungen unter die Gesamtgeschäftsführungsbefugnis oder die Gesamtvertretungsmacht der übrigen Gesellschafter fallen. Wird hier Auftrag zur Einzelvornahme oder Einzelvollmacht erteilt, so liegt hier im Zweifel kein Gesellschaftsvertrag vor, da im Zweifel nicht anzunehmen ist, daß einem bisher von der Geschäftsführung bez. Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter eine einflußreichere Stellung eingeräumt werden sollte, als den übrigen, die nur zusammen handeln dürfen. Es bleiben noch die Fälle, in denen Gesamtgeschäftsführung oder Gesamtvertretung der übrigen Gesellschafter besteht und dem oder den anderen die Befugnis bez. Macht gewährt werden soll, mit ihnen zusammen zu handeln. Hier wird im Zweifel Gesellschaftsvertrag vorliegen, da anzunehmen sein wird, daß alle Gesellschafter gleichgestellt werden sollen.

Alle vorstehenden Regeln sind jedoch nur bestimmt, als Anhalt zu dienen und überheben nicht der Würdigung des einzelnen Falles. Insbesondere wird für Vorliegen von Gesellschaftsvertrag sprechen, wenn eine große Zahl Gesellschafter vorhanden sind, die nur mit Schwierigkeiten zusammengebracht werden konnten, wenn der Umfang der zu erteilenden Befugnis oder Vollmacht erheblich ist, ferner, wenn sich die Beobachtung einer gewissen Feierlichkeit oder das geflissentliche Beiziehen aller Gesellschafter zur Zustimmung feststellen läßt. Gegen das Vorliegen von Gesellschaftsvertrag wird es sprechen, wenn die vorzunehmenden Handlungen unwichtig oder vereinzelt sind, ferner wenn die Zustimmung einiger der Gesellschafter mehr zufällig erfolgt ist oder mehr den Charakter eines den anderen erteilten guten Rats hat. Dabei ist zu beachten, daß eine derartige Vereinbarung dadurch allein, daß sie in die über den Gründungsvertrag oder dessen Ab-

änderung aufgesetzten Urkunden aufgenommen ist, noch nicht zum Bestandteil des Gesellschaftsvertrags im rechtlichen Sinne wird[14]).

Wesentliches Kriterium wird es sein, ob der Wille zum Ausdruck gekommen ist, beim Gründungsvertrag die gesetzliche Regel, bei einem späteren Vertrag die früheren Gesellschaftsverträge zu ändern, ferner insbesondere bei der Geschäftsführungsbefugnis, ob dem „Beauftragten" das Recht eigener Initiative eingeräumt werden, bei Vertretungsmacht, ob der Ermächtigte nach außen volle Vertretungsmacht haben soll.

3. In den vorstehenden Fällen sind also §§ 117, 127 HGB unanwendbar. Sei es, daß es sich um Dritte, sei es um Gesellschafter handelt, so wird ihnen die Befugnis zur Besorgung von Gesellschaftsgeschäften und die Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft nach allgemeinen Regeln entzogen, also beim Auftrag durch Widerruf, bei Dienst- und Werkvertrag durch Kündigung[15]), bei Vollmacht gemäß § 168 BGB.

II. Entziehbar ist jede Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht — Ausnahmen unten § 10 —, mag sie beschränkt sein hinsichtlich des Umfangs (bestimmte, gewöhnliche, außergewöhnliche Geschäftsführung, Vertretung auf eine Zweigniederlassung beschränkt) oder hinsichtlich der Ausübung (Gesamtgeschäftsführung, Vertretung, insbesondere Vertretung gemeinsam mit Prokuristen gemäß § 125 Abs. 3 HGB[16]), mag sie sich auf den ursprünglichen oder einen späteren Gesellschaftsvertrag gründen[17]), mögen beide in einer Hand oder in verschiedenen Händen liegen (anders BGB § 715). Gleichgültig ist auch, ob die gesetzliche Art der Regelung gilt, oder ob diese durch Gesellschaftsvertrag abgeändert ist. Dieser letzte Satz wird in der Literatur in der Regel ungenau so ausgedrückt: es sei unerheblich, ob die Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht auf Vertrag oder Gesetz beruhe, ob sie übertragene oder gesetzliche sei[18]). Dabei wird übersehen, daß beides begrifflich dasselbe ist (vgl. o. § 4 Ziff. 3, § 5 III).

Insbesondere ist die Geschäftsführungsbefugnis auch entziehbar, wenn nur ein Gesellschafter damit ausgestattet ist, während dies, wie unten in § 10 dargelegt wird, im entsprechenden Falle bei der Vertretungsmacht nicht möglich ist.

---

[14]) So v. Hahn Art. 99 § 4.

[15]) Vgl. Lehm.-Ring § 117 Nr. 1, Planck § 712 4.

[16]) Ritter § 117 1, Staub § 117 1, § 127 1, Mak. § 127 I, Goldm. § 117 Nr. 2, § 127 Nr. 2, Brand § 127 2a.

[17]) Staub § 109 7, § 114 4, Goldm. § 114 Nr. 6, Mak. § 114 II, Lehm.-Ring § 114 Nr. 4, Gar.-Fu. S. 230, v. Górski S. 20.

[18]) So Denkschr. S. 93, Staub § 117 1, § 127 1, Mak. § 127 I, Ritter § 117 1, Goldm. § 117 Nr. 2, § 127 Nr. 2, Lehm.-Ring § 117 Nr. 1, § 127 Nr. 1 , Brand § 117 Nr. 2, § 127 2a.

III. Entziehbar ist naturgemäß nur eine bestehende Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht. Daraus folgt:

1. Solange eins von beiden nicht entstanden ist, ist es nicht entziehbar. Entstanden aber ist beides mit dem Gründungsvertrag bez. einem späteren Gesellschaftsvertrag, der die ursprünglich erfolgte Ausschließung aufhebt. Dies ist hinsichtlich der Geschäftsführungsbefugnis nicht bestritten. Die Entstehung der Vertretungsmacht wird aber in der Literatur[19]) erst in den Zeitpunkt verlegt, in dem die Gesellschaft nach außen als solche auftritt. Dies dürfte nur insoweit richtig sein, als erst von diesem Zeitpunkte an nach außen Nichtgesellschaftern gegenüber die Vertretungsmacht wirken wird. Vorhanden dürfte die Macht zur Vertretung schon vorher sein. Denn da der rechtsgeschäftliche Verkehr der Gesellschafter mit der Gesellschaft, der durch die Vertretenden vermittelt wird (s. o. § 6), schon vor Eröffnung der Gesellschaft nach außen möglich ist, muß auch die Vertretungsmacht schon vorher entstanden sein. Nach der entgegengesetzten Ansicht wäre vorher eine Entziehung der Vertretungsmacht nicht möglich. Man käme dann in Verlegenheit, wenn nach Abschluß des Gesellschaftsvertrags, aber noch vor Entstehung der Gesellschaft nach außen die übrigen Gesellschafter erführen, daß ein zur Vertretung Ermächtigter kurz zuvor wegen schwerer Vermögensdelikte bestraft ist. Eine Entziehung der Vertretungsmacht wäre dann ohne Zerreißung des Gesellschaftsbandes nicht möglich.

2. Wenn Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht erlöschen sind, so können sie nicht mehr entzogen werden. Daher ist die auf Entziehung gerichtete Klage in folgenden Fällen abzuweisen[20]):

a) Wenn Beendigung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht vereinbart ist, auch wenn der Betreffende sich nicht an die Vereinbarung kehrt.

b) wenn die Gesellschaft aufgelöst ist[22]). Eine Führung von Geschäften dieser Gesellschaft oder ihre Vertretung ist dann eben nicht mehr denkbar[23]). Daran ändert auch eine eingetretene Liquidation nichts, selbst wenn die bisherigen Geschäftsführenden und Vertretenden Liquidatoren werden; die bisherige Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht hört vielmehr auf, und eine neue mit anderem Ursprung, Inhalt und Umfang tritt ein[24]).

---

[19]) Goldm. § 125 Nr. 7, v. Górski S. 30, 103 Anm. 1, Brand § 125 1 c, Lehm.-Ring § 125 Nr. 5, Gierke S 587, Behrend S. 507, Herg.-Tuch. S. 163.

[20]) Wenn sie nach Eintritt des Erlöschens erhoben oder aufrecht erhalten wird.

[22]) Goldm. § 125 Nr. 7, Lehm.-Ring § 125 Nr. 6, Herg.-Tuch. S. 116.

[23]) OLG Celle im Recht 05 S. 22, Staub § 117 2, Ritter § 117 2, 127 2, Brand § 127 2a, Schmidt S. 50, Hill S. 91.

[24]) Staub, § 124 18.

c) wenn der Betreffende aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, sei es freiwillig, sei es zwangsweise (vgl. §§ 138, 140, 141 HGB); denn den Begriffen der Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis ist wesentlich, daß ein Gesellschafter ihr Träger ist (vgl. oben § 4 unter 4, § 5 III und in §§ 117, 127 HGB die Worte „einem Gesellschafter").

d) wenn der Betreffende wirksam gekündigt hatte. War die Kündigung unwirksam, so bedarf es der Entziehung, andernfalls ist die Klage auf Entziehung abzuweisen. Dies ist praktisch bedeutsam, wenn etwa der Betreffende seine Kündigung hinterher bereut und sich nicht daran kehrt. Wann die Kündigung wirksam, also Entziehung zulässig ist, und wann nicht, also Entziehung unzulässig ist, sei daher kurz dargelegt.

aa) Kündigung der Geschäftsführung. Hier gilt gemäß § 105 Abs. 2 HGB der § 712 Abs. 2 BGB. Daher ist die Kündigung unwirksam, wenn ein wichtiger Grund fehlt. Die Kündigung einer nicht im Gesellschaftsvertrag befestigten Geschäftsführung würde nach dem Wortlaut des § 712 Abs. 2 verb. mit Abs. 1 BGB ebenfalls unwirksam sein[25]). Jedoch ist aus der Fassung des § 712 zu entnehmen, daß demselben Gesellschafter, dem die übrigen die Geschäftsführungsbefugnis entziehen können, umgekehrt auch seinerseits ein Kündigungsrecht gewährt werden soll. Da aber bei der offenen Handelsgesellschaft auch die nicht vertraglich befestigte, — fälschlich sogen. „übertragene" — Geschäftsführungsbefugnis entzogen werden kann, ergibt die sinngemäße Anwendung des § 712 Abs. 2 BGB, daß auch sie kündbar ist[26]). Vorheriger Verzicht auf Kündigung steht der Wirksamkeit nicht entgegen. (§ 105 Abs. 2 HGB, §§ 712 Abs. 2, 671 Abs. 3 BGB).

bb) Kündigung der Vertretungsmacht. Da die Vertretungsmacht keine Vollmacht ist, findet § 168 BGB keine Anwendung. Daher ist jetzt unstreitig, daß Kündigung der Vertretungsmacht nicht möglich ist[27]), nachdem der Kommentar von Staub[28]) seine entgegengesetzte, in der 6. und 7. Aufl. vertretene Gegenansicht aufgegeben hat.

Dagegen ist die Vertretungsbefugnis kündbar, da für sie die Regel des § 712 Abs. 2 BGB analog anwendbar ist (vgl. unten § 17 II 2d). Damit erlischt zugleich notwendig die Vertretungspflicht. Damit wird allerdings die Vertretungsmacht noch nicht zum Erlöschen

---

[25]) Dies nehmen daher auch Staub § 117 7, Mak. § 117 II, Fiedler S. 59 an.

[26]) Ebenso Brand § 117 6, Rathsburg S. 44, Tobias S. 16; Abweichend Ritter § 117 4: Kündigung sei nur zulässig, wenn nach Vertrag Gesamtgeschäftsführung aller Gesellschafter bestehe.

[27]) Vgl. Brand 127 3, Goldm. § 127 15, Ritter § 127 3, Mak. § 127 VI, Hill 97, Schmidt S. 55.

[28]) In Anm. 8 zu § 127.

gebracht. Vielmehr kann der Betreffende trotzdem wirksam die Gesellschaft vertreten, insbesondere sind ihm gegenüber als Vertreter abgegebene Willenserklärungen für und gegen die Gesellschaft wirksam. Trotz Kündigung der Vertretungsbefugnis ist also Raum für die Anwendung des § 127 HGB[29]).

Zu aa und bb). In allen Fällen, wo an sich unwirksame Kündigung vorliegt, ist jedoch zu beachten, daß dadurch, daß die übrigen Gesellschafter ausdrücklich oder stillschweigend mit der Kündigung einverstanden sind, eine Vereinbarung zustande kommt, sodaß hierdurch die Anwendung der §§ 117, 127 HGB gemäß dem unter a Gesagten ausgeschlossen wird.

e) Eintretende Beschränkung der Geschäftsfähigkeit oder Geschäftsunfähigkeit beendet die Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht nicht ohne weiteres; denn die Befugnis zu einer Handlung bleibt bestehen, wenngleich die Fähigkeit dazu fehlt, sie persönlich vorzunehmen, und die besondere Fähigkeit zur Vertretung kann nicht dadurch erlöschen, daß andere Fähigkeiten fehlen. Vielmehr wird hier Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis durch die gesetzlichen Vertreter des Betreffenden ausgeübt[30]). Vertretung durch lediglich in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen kann sogar persönlich vorgenommen werden. (§ 165 BGB).

IV. Eine besondere Entziehung der Vertretungsbefugnis kennt das Gesetz nicht. In dieser Hinsicht sind die Fälle auseinander zu halten, daß zwischen Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis Personalunion besteht oder nicht.

1. Sind die Träger von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht verschiedene Personen, so wird davon auszugehen sein, daß im Sinne des Gesetzes Vertretungsbefugnis allein ohne Verbindung mit Vertretungsmacht oder Geschäftsführungsbefugnis nicht bestehen kann. Wird daher die Vertretungsmacht bez. die Geschäftsführungsbefugnis entzogene, so entfällt auch die mit der Vertretungsmacht verbundene, bez. in der Geschäftsführungsbefugnis liegende Vertretungsbefugnis.

2. Besteht Personalunion, so ist zu scheiden:

a) Eine Entziehung lediglich der Geschäftsführungsbefugnis schafft keine andere Lage, als wenn der Betreffende von vornherein von der Geschäftsführungsbefugnis ausgeschlossen worden wäre. Die Vertretungsmacht und die damit verbundene Vertretungsbefugnis bleiben daher unbeeinflußt (vgl. § 7 unter 1). Der Betroffene verliert nur das Recht, aus eigener Entschließung Vertretungshandlungen vorzunehmen.

---

[29]) A. M. Brand § 127 3, der überdies Vertretungsbefugnis und Geschäftsführungsbefugnis identifiziert.

[30]) Vgl. OLG Dresden in Annalen Bd. 32 S. 334 (1910), Herg.-Tuch. S. 164, RG-Räte § 712 4.

b) Wird lediglich die Vertretungsmacht entzogen, so würde dies an sich auf die Vertretungsbefugnis, soweit sie in der verbleibenden Geschäftsführungsbefugnis enthalten ist, keinen Einfluß ausüben können, sodaß, wenn der Betreffende Vollmacht erhielte, er kraft eigenen Rechts vertreten dürfte. Jedoch ist hier zu beachten, daß der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis sich durch die Entziehung der Vertretungsmacht ändert. Die Entschließung, daß Vertretungshandlungen durch einen von der Vertretung durch Richterspruch ausgeschlossenen Gesellschafter vorgenommen werden sollen, ist ein außergewöhnliches Geschäft im Sinne von § 116 Abs. 2 HGB und bedarf daher der Zustimmung aller Gesellschafter. An diesem Ergebnis ändert es auch nichts, wenn dem Betroffenen im Gesellschaftsvertrag die Befugnis zur Vornahme außergewöhnlicher Geschäfte erteilt worden ist. Denn den Fall, daß Vertretungshandlungen von einem Gesellschafter vorgenommen werden, dem die Vertretungsmacht aus einem wichtigen Grunde entzogen worden ist, haben sie bei einer solchen Vereinbarung sicher nicht ins Auge gefaßt und gemeint. Andernfalls wäre es dem Betroffenen ein Leichtes, die erfolgte Entziehung der Vertretungsmacht dadurch zu umgehen, daß er einen Vertretungsermächtigten anwiese, ihm Vollmacht zu erteilen.

Nach alledem kann die Geschäftsführungsbefugnis des Betroffenen die Vertretungsbefugnis nicht mehr einschließen. Mit der Vertretungsmacht sinkt deshalb zugleich die Vertretungsbefugnis dahin.

V. Besonderheiten des alten Rechts:

1. Der Artikel 101 ADHGB läßt den Widerruf der „im Gesellschaftsvertrage einem oder mehreren Gesellschaftern geschehenen Uebertragung der Geschäftsführung" zu. Nun aber besteht, wie wir oben § 4 unter 3 gesehen haben, kein begrifflicher Unterschied zwischen einer auf Gesetz und einer auf Gesellschaftsvertrag beruhenden Geschäftsführungsbefugnis. Auch ist ein triftiger Grund für die Beschränkung auf eine „übertragene" Geschäftsführungsbefugnis, wie die Denkschrift[31]) richtig hervorhebt, nicht einzusehen. Daher wird von vielen die Ansicht vertreten, daß Art. 101 auch auf die nach Art. 102 ADHGB bestehende Geschäftsführungsbefugnis, also auch bei der gesetzlichen Verteilung, anwendbar sei[32]). Dies ist jedoch mit der herrschenden Meinung[33]) zu verneinen. Das Gesetz hat eben den Unterschied gemacht, wenngleich, wie der Gegenmeinung ohne weiteres zuzugeben ist, mit Unrecht. Daß dieser Unterschied gemacht wurde,

[31]) Auf S. 86.

[32]) v. Górski S. 94, Thöl S. 322, Lehm.-Ring § 117 Nr. 8, Renaud S. 284, Fiedler S. 57, Geiger in Zeitschr. f. HR Bd. 39 S. 435 ff., Plathner bei Gruch. Bd. 37 S. 70 ff.

[33]) Mak. § 117 Ia 1, Denkschr. S. 86, Goldm. Vorbem. zu § 117, Lastig S. 363, Puch. Art. 102 2a, 101 5, v. Hahn S. 429 gegen seine Ansicht in der ersten Aufl., Behrend § 69 Anm. 10, Ansch.-v. B. Art. 101 II, Staub 5. Aufl. S. 180, Knoke S. 63, Rathsburg S. 63, Tobias S. 13.

ergibt der Wortlaut ganz deutlich; denn sonst wären die oben angeführten Worte des Art. 101 überflüssig. Den Willen, eine im Gesellschaftsvertrag „übertragene" Geschäftsführung, von der gesetzlichen Regelung zu scheiden, ergibt auch deutlich die Fassung des Art. 102 ADHGB. Daß die Motive zu dieser Bestimmung unrichtig waren, berechtigt noch nicht, die einmal getroffene Anordnung des Gesetzes zu ändern. Bei den nach altem Recht zu beurteilenden offenen Handelsgesellschaften ist demnach nur die von der gesetzlichen Regelung abweichende, gemäß Artt. 99 und 100 ADHGB erfolgte Verteilung der Geschäftsführungsbefugnis entziehbar. Wenn es sich allerdings um Entziehung durch einstweilige Verfügung handelt, kann auch eine nicht „übertragene" Geschäftsführungsbefugnis entzogen werden, wie sich aus der dem richterlichen Ermessen freien Spielraum gewährenden Vorschrift des § 938 ZPO ergibt[34]).

2. Das alte Handelsgesetzbuch spricht nur von einem Widerruf der Geschäftsführungsbefugnis, nicht aber von einem solchen der Vertretungsmacht. Da beides grundverschiedene Begriffe sind, so würde an sich eine Entziehung der Vertretungsmacht nach altem Recht nicht möglich sein. Diese Konsequenz ziehen denn auch eine Reihe von Schriftstellern[35]). Dies dürfte jedoch aus folgenden Gründen nicht richtig sein. Die Verfasser des Gesetzes haben sich, wie in § 2 dargelegt ist, von der Auffassung der administration des code civil, welche Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht umfaßt, nicht freimachen können. In ihrem Sinne sind Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht nur zwei Seiten desselben Begriffs der Verwaltung der gesellschaftlichen Angelegenheiten. Daher ist im Sinne des Gesetzes das Wort Geschäftsführung in Art. 101 ADHGB in einem untechnischen, die Vertretungsmacht umfassenden Sinne zu verstehen[36]).

§ 10.

Fortsetzung:

VI. Insbesondere die Frage der Zulässigkeit der Entziehung, wenn nur ein Gesellschafter Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht hat.

1. Daß die Vereinbarung des Ausschlusses aller Gesellschafter von der Geschäftsführungsbefugnis zulässig ist, darüber herrscht kein Streit[1]). Es handelt sich hier um eine rein innenrechtliche, also der

[34]) Ebenso Behrend § 69 Anm. 10, Puchelt § 102 Anm. 2a, Tobias S. 15.

[35]) So v. Górski S. 96, 97, Lehm.-Ring § 127 Nr. 1, Behrend S. 490 Anm. 11, S. 510 Anm. 15, Puchelt Art. 115 4, abweichend von den früheren Aufl., Plathner b. Gruchot Bd. 37 S. 75.

[36]) Ansch.-v. B. Art. 115 S. 248, Herg.-Tuch. S. 115f, 183, Renaud S. 392.

[1]) So Mak. § 114 2, Lehm.-Ring § 114 Nr. 4, Puchelt Art. 99

Regel des § 109 HGB unterstehende Frage. Die Führung der Gesellschaftsgeschäfte — allerdings keine gesellschaftliche Geschäftsführung im technischen Sinne — kann sehr wohl Dritten überlassen werden. Daher bestehen gegen die Zulässigkeit der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis keine Bedenken, wenngleich sie dem einzigen zur Geschäftsführung Befugten gegenüber erfolgte und damit die Gesellschaft keinen geschäftsführenden Gesellschafter mehr hätte. Wegen der Folgen vgl. unter § 18 III 5.

2. Anders ist es bei der Entziehung der Vertretungsmacht in dem entsprechenden Falle, daß nur ein Vertretungsermächtigter vorhanden ist. Hier ist eine Entziehung unzulässig. Da dieser Satz der herrschenden Lehre widerstreitet, bedarf er eingehender Begründung. Die zu diesem Satze führenden Erwägungen führen auf die Vorfrage zurück, ob die Vereinbarung zulässig ist, daß alle Gesellschafter von der Vertretungsmacht ausgeschlossen werden. Nach der herrschenden Meinung ist diese Vereinbarung zulässig. Dabei wird entweder gesagt[2]), die Gesellschaft werde dann nur von Prokuristen oder Bevollmächtigten vertreten und wenn keine solchen bestellt seien, dann sei sie eben unvertreten, was zulässig sei, oder — so die Meisten[3]) —, in einem solchen Falle bestehe Gesamtvertretung aller Gesellschafter. Der herrschenden Meinung dürfte aber aus folgenden Gründen nicht beizutreten sein[4]).

3. Beide Arten der herrschenden Ansicht gehen darauf hinaus: da es zulässig sei, einen oder mehrere von der Vertretung auszuschließen, so sei davon die zwingend logische Folge, daß auch alle von der

---

Anm. 7, Lastig S. 361, Gar.-Fuchsb. S. 228 Anm. 63, Renaud S. 290, v. Górski S. 71, Rudorff Erl. zu § 114, v. Hahn Art. 100 § 2, Rießer in Zeitschr. f. HR Bd. 42 S. 322, Bacmeister ebenda Bd. 55 S. 441; vgl. Staud. § 709 I 1, Planck Vorbem. zu §§ 709—13 a. E.

[2]) So RG Bd. 74 S. 299 ff., v. Górski S. 154, 155, vgl. auch Mak. § 127 VI.

[3]) So Mak. § 125 Vb, Goldmann § 125 Nr. 11, Brand § 127 2c, Lehm.-Ring § 225 Nr. 8, Lehmann S. 313 Anm. 5 (a. M. früher in Zeitschr. f. HR Bd. 40 S. 460), v. Hahn Art. 115 § 7, Behrend § 72 Anm. 11, Gierke S. 588, Gar.-Fuchsb. S. 217 Anm. 21, Puchelt Art. 86 Anm. 10, Renaud S. 358 f., Anschütz-v. V. Art. 86 IIIc, Art. 99 IV, wohl auch Endemann S. 159 und Rudorff Erl. zu § 125 Abs. 1 (a. M. Erl. zu § 114), Schmidt S. 26, Dettm. S. 25 ff., Hill S. 20 ff., Weinhagen in Buschs A. Bd. 1 S. 149 ff., Busch ebenda S. 156 ff., Hörniger im Recht 03 S. 234, OLG Dresden in Annalen Bd. 22 S. 160 (abgedr. auch in Rechtsspr. Bd. 2 S. 516 und in Zeitschr. f. HR Bd. 53 S. 205), Kamm. Ger. in KGJ Bd. 10 S. 26 ff.

[4]) Ebenso das unsere Frage zuerst berührende Handelsger. Köln (1862), ferner besonders Bacmeister in Zeitschr. f. HR Bd. 55 S. 417 ff. (sehr ausführlich), ferner Ritter § 125 Anm. 3, Staub § 125 3, Lehmann in Zeitschr. f. HR Bd. 40 S. 460 (ohne Gründe, jetzt anders in s. Lehrb. S. 307 Anm. 5 ohne Gründe), Herg.-Tuch. S. 33 und 183, Rudorff S. 67 Erl. zu § 114 S. 67, der aber im selben Werke Erl. zu § 125 Abs. 1 den entgegengesetzten Standpunkt vertritt.

Vertretungsmacht ausgeschlossen werden können[5]). Dies ist wohl nicht zuzugeben. Mit Recht weist Bacmeister[6]) demgegenüber darauf hin, das Gesetz lasse in § 125 Abs. 1 nur den Ausschluß jedes einzelnen Gesellschafters, des einen so gut wie des anderen, zu; dies sei etwas ganz anderes, als gleichzeitiger Ausschluß aller Gesellschafter. Die Auslegung der herrschenden Meinung sei nur dann zulässig, wenn nicht aus der Natur der Sache und den sonstigen Bestimmungen des Gesetzes sich etwas anderes ergäbe.

Beide Arten der herrschenden Meinung gehen ferner regelmäßig davon aus, daß mit dem Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung die Bestellung eines Prokuristen verbunden sei, sodaß dadurch eventuelle Schwierigkeiten behoben werden können. Nun aber zwingt nichts die Gesellschafter, einen Prokuristen zu bestellen. Ebensogut muß es daher zulässig sein, bloß einen Handlungsbevollmächtigten zu bestellen[7]), ja, überhaupt keinen Bevollmächtigten zu ernennen[8]), gibt es doch keine Vorschrift, die dazu zwingen könnte. Da somit die Bestellung von Bevollmächtigten mit der fraglichen Vereinbarung nicht notwendig verbunden ist, kann die bloße Möglichkeit auch nicht für die Zulässigkeit der Vereinbarung entscheidend sein. Wir müssen vielmehr den Fall in seiner Abstraktheit erfassen, nämlich so, daß ein Gesellschafterbeschluß vorliegt, wonach alle von der Vertretung ausgeschlossen werden, ohne daß jemandem Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft erteilt wird.

4. Das Reichsgericht und v. Górski[9]) meinen nun, hier habe niemand Vertretungsmacht. Dieser Schluß ist, die Gültigkeit der eben erwähnten Vereinbarung vorausgesetzt, durchaus richtig. Das positive Recht trifft, wie das Reichsgericht richtig ausführt, für diesen Fall keinerlei Vorsorge zur Besetzung des Vertreterpostens. Welches sind nun aber die Folgen?

a) Wie die Gesellschafter jederzeit den Ausschluß von Vertretungsmacht vereinbaren können, so können sie, wenn sie wollen, jederzeit gemeinschaftlich gültige Vertretungshandlungen vornehmen[10]). Solange sie dies nicht tun, sind sie nicht zur Vertretung ermächtigt. Insoweit bietet die Möglichkeit, daß kein Vertreter da ist, keinen Anlaß zu Bedenken. Zwar wird dadurch die Tätigkeit der Gesellschaft bis zur

---

[5]) So insbesondere das Reichsgericht Bd. 74 S. 301.

[6]) In Zeitschr. f. HR Bd 55 S. 429.

[7]) Dies erwähnen einige Vertreter der herrschenden Meinung sogar ausdrücklich als zulässig; so Mak. § 125 V b, Brand § 127 2 c, v. Hahn Art. 115 § 7, Behrend § 72 Anm. 11, Hoeniger a. a. O. S. 234.

[8]) Ebenso v. Hahn Art. 115 § 7.

[9]) RG Bd. 74 S. 300, 301, v. Górski S. 154 f.

[10]) Darin liegt aber nicht die Ausübung einer schon vorhandenen Gesamtvertretungsmacht, wie die herrschende Ansicht meint (Näh. unter 5), sondern der Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrags. So mit Recht v. Górski S. 154.

Einigung lahmgelegt, jedoch liegt der Fall insoweit genau so, als wenn die Gesellschaft bei bestehender Vertretung tatsächlich Stillstand des Betriebs nach außen hin pflegen würde.

b) Bedenklicher wird die Sachlage schon, wenn Dritte Ansprüche gegen die Gesellschaft im Prozeßwege verfolgen wollen. Jedoch hilft hier die positive Vorschrift des § 57 ZPO[11]).

c) Als unhaltbar muß aber die Rechtslage erscheinen, wenn erwogen wird, daß empfangsbedürftige Willenserklärungen der Gesellschaft gegenüber nicht abgegeben werden können, wenn niemand zu ihrer Vertretung ermächtigt ist. Dritte stehen hier noch ungünstiger, wie gegenüber unvertretenen Geschäftsunfähigen. Hat ein Minderjähriger keinen gesetzlichen Vertreter, so kann ein Dritter durch Anzeige beim Vormundschaftsgericht die Bestellung eines solchen herbeiführen (vgl. § 1774 BGB), ist ein Geisteskranker oder Geistesschwacher ohne solchen, so wird eine Anzeige bei der Staatsanwaltschaft zum Ziele führen (vgl. § 646 Abs. 2 ZPO), falls nicht der Dritte selbst gemäß § 646 Abs. 1 ZPO zur Stellung des Antrags auf Entmündigung berechtigt ist[12]). Während in diesen Fällen die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters aber immerhin doch durch den herbeigeführt werden kann, der eine Willenserklärung abgeben will, während der Dritte durch bloße Anzeige für unbekannte Beteiligte gemäß § 1913 BGB die Bestellung eines Pflegers erwirken kann, während sonst in allen Fällen, wo jemand Maßnahmen trifft, den Zugang einer Willenserklärung zu hindern, die Abgabe durch § 132 BGB ermöglicht wird, gibt es hier weder ein Mittel, die Gesellschaft zur Bestellung eines Vertreters zu zwingen, noch die Bestellung durch eine Behörde zu erwirken, noch hilft hier § 132 BGB. § 132 Abs. 2 BGB, der in Frage kommt, kann nicht eingreifen; denn aus der Fassung: „Unkenntnis" ergibt sich, daß diese Bestimmung nur den Fall im Auge hat, daß objektiv der Adressat vorhanden ist und nur subjektive Ungewißheit besteht. Die Bestimmung fingiert auch lediglich das Zugehen (verbis „gilt als zugegangen"), nicht auch die Handlungsfähigkeit bez. Vertretungsmacht des Adressaten.

Auch § 29 BGB, an dessen Anwendung man denken könnte, dürfte unanwendbar sein; denn die Vorschriften des BGB über die Vereine gelten zwar auch subsidiär für die juristischen Personen des

---

[11]) Vgl. Ritter § 125 3.

[12]) Recht befriedigend ist auch dort die Rechtslage noch nicht, da der Dritte keinen Anspruch auf Einschreiten des Gerichts bez. der Staatsanwaltschaft hat. Zu wünschen wäre eine dem § 57 ZPO auch für das materielle Recht entsprechende Bestimmung. Vgl. Planck § 151 c S. 240, v. Thur in DJZ 1901 S. 425.

Handelsrechts[13]), nicht aber für die offene Handelsgesellschaft, auf die vielmehr gemäß § 105 Abs. 2 HGB die über die Gesellschaft subsidiär Anwendung finden[14]).

5. Im richtigen Gefühl, daß mit der unter 4 dargelegten Ansicht keine befriedigende Lösung möglich ist, gelangt die Mehrheit der herrschenden Ansicht[3]) dahin, hier alle Gesellschafter als Gesamtvertreter anzusehen. Die Meisten geben allerdings dafür keine Begründung[15]).

Mit Recht gehen das Kammergericht[16]) und das Oberlandesgericht Dresden[17]) davon aus, daß die Gesellschafter stets Herren, Subjekte des Gesellschaftsvermögens sind und folgern daraus, daß die Gesellschafter stets befugt sein müssen, die Gesellschaft durch gemeinschaftliches Handeln zu vertreten. Auf denselben Gedanken stützen sich auch die übrigen Vertreter der herrschenden Ansicht, soweit sie ihre Meinung begründen. Nun wird aber doch gerade der Fall vorausgesetzt, daß Ausschluß aller Vertreter von der Vertretung vereinbart ist. Zur Beseitigung dieses Widerspruchs tut die herrschende Ansicht, wie Bacmeister[18]) mit Recht betont, dem erklärten Willen der Gesellschafter Gewalt an. Sie meint nämlich, der Ausschluß eines Gesellschafters von der Vertretungsmacht bedeute nur Ausschluß von Einzelvertretung, ohne daß ihm damit die Macht genommen sei, mit den Uebrigen zusammen zu vertreten. Daher könne der Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretungsmacht nichts anderes bedeuten, als die Vereinbarung einer Gesamtvertretung[19]).

Nun ist aber durchaus nicht einzusehen, daß in der Erklärung, alle Gesellschafter sollen von der Vertretung ausgeschlossen sein, sich der Wille kundgeben soll: alle sollen gemeinsam Vertretungsmacht haben. Wenn die Gesellschafter bewußt diese Gestaltung schaffen wollen, so werden sie sich sicher positiv ausdrücken[20]). Die bekämpfte Ansicht setzt sich vielmehr über den erklärten Willen der Gesellschafter trotz § 109 HGB ohne weiteres hinweg.

Ferner spricht Folgendes gegen die Beweisführung der Gegner: wenn in der Ausschließung von der Vertretungsmacht bei einzelnen

---

[13]) Vgl. Kamm. Ger. in RSpr. Bd. 4, S 256 ff, Staud. zu § 29, RG.-Räte zu § 29.

[14]) Offenbar ebenso RG Bd. 74 S. 300, 301.

[15]) So Gierke S. 588, Goldmann § 125 Nr. 11, Behrend § 72 Anm. 11, Lehmann S. 313 Anm. 5, Brand § 127 2c, Mak. § 125 V b (mit der nicht zwingenden Begründung: irgend eine Behörde (!) müsse vorhanden sein), Puchelt Art. 86 Anm. 10, Weinhagen in Buschs A. Bd. 1 S. 153 („offenbar"), Busch ebenda Bd. 1 S. 198 f.

[16]) Beschluß v. 28 4. 1890, in KGJ Bd. 10 S. 26 ff.

[17]) In Annalen Bd. 22 S. 160.

[18]) A. a. O. S. 437.

[19]) So v. Hahn Art. 115 § 7, Ausch.-v. V. Art. 86 III c S. 88/89, OLG Dresden a. a. O.

[20]) Ebenso Bacmeister a. a. O. S. 437.

Gesellschaftern nur Ausschluß von Einzelvertretungsmacht läge, so würde stets, wenn auch nur ein Gesellschafter von der Vertretungsmacht ausgeschlossen wird, ipso jure auch stets Gesamtvertretung bestehen müssen, während aus der Fassung des § 125 Abs. 2 S. 1 („kann") sich ergibt, daß Gesamtvertretung nicht bestehen soll, wenn sie nicht besonders angeordnet ist. Daraus folgt, daß bei Ausschluß von der Vertretung dem betreffenden Gesellschafter im Sinne des Gesetzes auch nicht ohne weiteres Gesamtvertretungsmacht bleibt. Selbst die Gegner ziehen nicht die letzte Konsequenz ihrer Ansicht, die dahin führen würde, bei jedem Ausschluß von der Vertretung die Anmeldung der Anordnung einer Gesamtvertretung gemäß § 125 Abs. 4 HGB zum Handelsregister zu fordern[21]).

6. Da in dem von uns angenommenen Falle nach den Darlegungen unter 5 Gesamtvertretung aller Gesellschafter nicht vorliegen, ebensowenig aber natürlich auch Einzelvertretung von Gesellschaftern bestehen kann, so wird anzunehmen sein, daß kein Gesellschafter, auch nicht alle oder einige zusammen, Vertretungsmacht haben würden, wenn die fragliche Vereinbarung giltig wäre. Dies führt aber, wie unter 4 dargelegt, zu unhaltbaren Folgen. Es wird daher vielmehr Folgendes zu sagen sein:

Nach § 124 HGB kann die offene Handelsgesellschaft Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten sein. Nun aber fordert mit begrifflicher Notwendigkeit jedes subjektive Recht die Möglichkeit eigener Vertretung, d. h. der Vertretung durch sich selbst oder durch gesetzliche Vertreter, jede Pflicht, den Zwang, sie vertreten zu müssen. Zwar können Zustände eintreten, bei denen diese Möglichkeit, dieser Zwang, nicht bestehen[22]), aber dies sind pathologische Zustände, welche die Rechtsordnung nur anerkennen kann, wenn sie unabhängig vom Willen der betreffenden Subjekte eintreten. Keineswegs kann die Rechtsordnung anerkennen, daß die Herbeiführung solcher Zustände der Willkür der betreffenden Subjekte unterliegt. Daher kann eine Einzelperson nicht mit Wirkung gegen Dritte bestimmen, daß sie ihre Verbindlichkeiten nicht persönlich zu vertreten braucht, sondern Dritte sich an ihre gewillkürten Vertreter wenden müssen, ebensowenig, wie sie gültig bestimmen kann, daß ihre Rechte nur durch bestellte Vertreter wahrgenommen werden können, während ihre eigenen Handlungen unwirksam sein sollen. Dementsprechend können die Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft, da diese keine von der Summe ihrer Träger verschiedene Person[23]) ist, nicht bestimmen, daß

[21]) Ebenso i. E. Kammer f. Handelssachen Annaberg in Sächs. Arch. Bd. 10 S. 773 ff., dem Staub § 125 Anm. 3 mit Unrecht nachsagt, daß sie Ausschluß aller Gesellschafter von Vertretung für zulässig erkläre.

[22]) So minderjährige Waisen, solange sie keinen Vormund haben. Vgl. aber § 57 ZPO.

[23]) Gierke S. 524.

Handlungen aller ihrer geborenen Vertreter, die ja Subjekte des Gesellschaftsvermögens sind und bleiben, unverbindlich, und ihnen gegenüber abgegebene Willenserklärungen ungültig sind[24]). Wenn das Gesetz aus praktischen Gründen den Ausschluß von Gesellschaftern von der Vertretung zuläßt, so kann dies nur bis zu der Grenze gehen, wo sich ein begriffliches Hemmnis entgegenstellt, also nicht soweit ausgedehnt werden, daß kein Gesellschafter vertretungsermächtigt zu sein braucht.

Hiernach scheint der Schluß bestechend: Wenn die Gesellschafter den Ausschluß aller von der Vertretung vereinbaren, so sei trotzdem undenkbar, daß gemeinschaftliche Vertretungshandlungen aller Gesellschafter und allen Gesellschaftern gegenüber abgegebene Willenserklärungen unwirksam seien, sodaß also Gesamtvertretung aller Gesellschafter anzunehmen wäre, ein Gedanke, dem, wie wir sahen, die herrschende Meinung nachgibt. Wir haben aber bereits erkannt, daß dies ein Trugschluß ist, da diese Folgerung dem nach § 109 HGB maßgebenden Willen der Vertragschließenden widerspricht. Es ist also vielmehr zu sagen: Die Gesellschafter vereinbaren etwas gesetzlich Verbotenes, wenn sie alle Gesellschafter von der Vertretungsmacht ausschließen. Eine derartige Vereinbarung ist aber nach § 134 BGB nichtig. Ist sie im Gründungsvertrag enthalten, so wird nach Maßgabe des § 139 BGB eine gültige Handelsgesellschaft überhaupt nicht begründet. Wird sie später getroffen, so bleibt die Regelung der Vertretung weiter bestehen, wie bis dahin.

7. Damit ist zugleich die wesentliche Entscheidung gegeben, ob die Entziehung der Vertretungsmacht zulässig ist, wenn nur ein zur Vertretung ermächtigter Gesellschafter vorhanden ist. Wenn es unzulässig ist, daß hier die übrigen Gesellschafter mit dem Vertretungsermächtigten vereinbaren, daß seine Vertretungsmacht aufhört, ohne daß zugleich andere Gesellschafter mit Vertretungsmacht ausgestattet werden, so liegt der Fall grundsätzlich nicht anders, wenn auf erhobene Klage der Verklagte anerkennt. An dieser Gestaltung ändert es grundsätzlich nichts, wenn das Anerkenntnisurteil durch einen auf materieller Prüfung beruhenden Richterspruch ersetzt wird. In allen diesen Fällen würde von den Gesellschaftern willkürlich der Erfolg herbeigeführt, daß Vertretung durch geborene Vertreter ungültig wäre und Dritten die Abgabe von empfangsbedürftigen Willenserklärungen unmöglich gemacht würde. Daher ist eine Entziehung der Vertretungsmacht hier als gesetzlich verboten anzusehen[25]).

Es ist zwar dem Reichsgericht[26]), das auf dem entgegengesetzten

[24]) Vgl. Staub § 124 Anm. 3 S. 531.

[25]) Inkonsequent ist Ritter, der in § 125 Anm. 3 den Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung für unzulässig erklärt, aber in § 127 Anm. 3 die Entziehung beim letzten noch zur Vertretung Ermächtigten zuläßt.

[26]) Bd. 74 S. 300.

Standpunkt steht, zuzugeben, daß es allerdings ein Mißstand ist, wenn in dem Falle, wo der einzige zur Vertretung ermächtigte Gesellschafter Anlaß zu gerechtfertigter Beschwerde gibt und daher eine Entziehung der Vertretungsmacht als besonders dringlich erscheinen muß, der § 127 HGB versagte. Diese Erwägung zwingt aber noch nicht zur Anwendung dieses Paragraphen, wie das Reichsgericht meint. Hier weist das Gesetz eben eine Lücke auf. Es bleibt hier nur die Auflösungs- bez. Geschäftsübernahmeklage oder Klage auf Ausschließung aus der Gesellschaft übrig. Ueberdies wäre mit der Lösung des Reichsgerichts praktisch nichts gewonnen. Es hätte dann — wie das Reichsgericht anerkennt — niemand die Vertretungsmacht. Es wäre auch nicht möglich, ohne Zustimmung des Betroffenen die Vertretungsmacht anderweit zu regeln. Der Betrieb der Gesellschaft wäre hier lahm gelegt. Zwar bliebe die Möglichkeit, eine einstweilige Vertretung durch einstweilige Verfügung zu schaffen (vgl. § 16 B II 3), aber dies wäre nur eine vorläufige Wirkung; schließlich müßte doch noch eine der oben erwähnten Klagen erhoben werden. Ueberdies bedarf es zu einer derartigen einstweiligen Verfügung der vorherigen Klage auf Entziehung nicht. Das praktische Ergebnis ist also dasselbe, wie nach unserer Ansicht, nur daß bei der Ansicht des Reichsgerichts noch mehr Prozesse und damit mehr Kosten entstehen. Zwar könnte nach der erfolgten Entziehung der Verurteilte seine Zustimmung zu einer anderweiten Regelung der Vertretung geben; dazu bedarf es aber nicht erst der Klage; eine derartige Vereinbarung ist selbstverständlich auch bei den Klagen nach §§ 133, 140, 142 HGB möglich. Der praktische Wert der Ansicht des Reichsgerichts ist somit nur ein scheinbarer.

Der Kommentar von Staub[27]) will die Klage zulassen, die alleinige Vertretungsmacht des Verklagten durch Gesamtvertretung mit anderen Gesellschaftern zu beschränken. Es ist aber mangels einer positiven Gesetzesbestimmung nicht einzusehen, wie die Zulässigkeit dieser Klage gerechtfertigt werden soll, insbesondere, da damit mitunter andere Gesellschafter Vertretungsmacht erhalten würden, die sie bis dahin noch nicht hatten.

8. Aus alledem ergibt sich, daß eine Entziehung der Vertretungsmacht stets dann unzulässig ist, wenn die Gesellschaft dadurch ohne Vertreter dastehen würde. Dies ist aber nicht nur dann der Fall, wenn nur ein Vertretungsermächtigter vorhanden ist. Auch wenn Gesamtvertretung aller Gesellschafter besteht, hat die Entziehung bei einem der Gesamtvertreter zur Folge, daß zwar eine passive Vertretung wegen Satz 3 in § 125 Abs. 2 HGB noch erfolgen kann, eine aktive Vertretung aber nicht mehr möglich ist. Ebenso liegt der Fall, wenn nur Gesamtvertretung einiger Gesellschafter besteht, — sei es mit, sei es ohne Gebundenheit an Prokuristen (§ 125 Abs. 3

[27]) § 127 Anm. 3b S. 542.

HGB) — und durch Wegfall des einen unter ihnen keine ausreichende aktive Vertretung mehr möglich wäre; so z. B., wenn von 4 Gesellschaftern A, B, C und D der A von der Vertretung ausgeschlossen und jeder der beiden B und C je gemeinschaftlich mit D zur Vertretung ermächtigt war und nun dem D, nicht aber, wenn dem B oder dem C die Vertretungsmacht entzogen werden soll.

Auch in den hier genannten Fällen muß eine Entziehung der Vertretungsmacht unzulässig sein[28]).

II. Hauptabschnitt.

Die Voraussetzung der Entziehung.

§ 11.

1. Das Wesen des wichtigen Grundes.

I. Die Entziehung kann nach §§ 117, 127 HGB nur erfolgen, wenn ein „wichtiger Grund" vorliegt. Das alte Handelsgesetzbuch (Art. 101) läßt sie beim Vorliegen einer „rechtmäßigen Ursache" zu, ohne aber damit, wie der Hinweis in Abs. 3 des Art. 101 verbunden mit Art. 125 Abs. 3 und 1 ergibt, damit etwas anderes zu meinen, als das neue Handelsgesetzbuch.

Welcher Grund nun „wichtig" ist, darüber schweigt das Gesetz in der richtigen Erwägung, daß dieselbe Tatsache in dem einen Falle anders zu beurteilen sein kann, als in dem anderen[1]). Das Handelsgesetzbuch führt zwar grobe Pflichtverletzung und Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung bezw. Vertretung der Gesellschaft als solchen an; auch das alte Handelsgesetzbuch bezeichnet einzelne Fälle, die eine „rechtmäßige Ursache" zur Entziehung bilden können, nämlich nach Art. 101 vbd. mit Art. 125 Ziff. 2—5: wenn ein Gesellschafter „bei der Geschäftsführung oder bei der Rechnungslegung unredlich verfährt" (Art. 125 Ziff. 2) oder „die Erfüllung der ihm obliegenden wesentlichen Verpflichtungen unterläßt" (Ziff. 3) oder „die Firma oder das Vermögen der Gesellschaft für seine Privatzwecke mißbraucht" (Ziff. 4) oder „durch anhaltende Krankheit oder aus anderen Ursachen zu den ihm obliegenden Geschäften der Gesellschaft unfähig wird" (Ziff. 5). Alle diese Einzelfälle erschöpfen aber den Begriff des „wichtigen Grundes" nicht, sondern sind, wie das Wort „insbesondere" in den genannten Gesetzesstellen ergibt, nur Beispielsfälle. Als solche sind sie aber geeignet, Anhaltspunkte für

[28]) Inkonsequent ist der Komm. von Staub, der in § 125 Anm. 3 die Entziehung der Vertretungsmacht beim letzten noch zur Vertretung Ermächtigten nicht zuläßt, aber in § 125 Anm. 5 die Entziehung bei einem Gesamtvertreter für zulässig erklärt, mit dem Bemerken, dann habe niemand Vertretungsmacht.

[1]) So Knoke S. 63.

die Auslegung des allgemeinen Begriffs zu geben und zwar die im alten Gesetz angeführten auch für den Begriff des neuen Gesetzes, wenngleich sie in diesem nicht wiederholt sind[2]). Daher ist es praktisch, sie zunächst ins Auge zu fassen.

Zuvor aber scheint es am Platze, sich des Zwecks der Bestimmung des Art. 101 und der §§ 117 und 127 zu entsinnen. Wir haben in der Einleitung erkannt, daß die Zulässigkeit der Entziehung sich nicht aus dem Wesen des Gesellschaftsverhältnisses ergibt, vielmehr als eine reine Zweckmäßigkeitsregel dem Schutz der berechtigten Interessen der Gesellschaft dient. Die Entziehung kann daher nur dann zulässig sein, wenn sich ein solcher Schutz nötig macht, d. h. wenn berechtigte Interessen der Gesellschaft gefährdet sind. Daher kann nur ein Tatbestand, der berechtigte Interessen der Gesellschaft gefährdet, einen wichtigen Grund für die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht bilden[3]).

II. Nunmehr wenden wir uns den einzelnen Beispielsfällen, zunächst der „*groben Pflichtverletzung*", zu.

1. Fassen wir die Worte „grobe Pflichtverletzung" zunächst rein *objektiv*, so kann der Tatbestand der groben Pflichtverletzung nur bei folgender Sachlage vorliegen:

a) Der Betreffende muß zu einer Handlung oder Unterlassung verpflichtet gewesen sein und

b) dieser Pflicht zuwider muß er die gebotene Handlung unterlassen oder die verbotene vorgenommen haben.

Die aus den *Worten* sich ergebende weitere Folgerung, der *Widerstreit* zwischen Gebot bez. Verbot und Unterlassung bez. Handlung müsse grob sein, dürfte nicht zu ziehen sein, da sie den *Sinn* der Vorschrift, die auf den Schutz der Gesellschaftsinteressen gerichtet ist, ganz aus den Augen verlöre. Aus dem unter I dargelegten Zweck der Vorschrift ergibt sich, daß die Gefährdung der Gesellschaftsinteressen das Entscheidende ist. Mit Rücksicht auf die wohlerworbenen Sonderrechte der Betroffenen fordert das Gesetz, daß diese Gefährdung eine schwere sein muß. Die Gröblichkeit der Pflichtverletzung ist also an der Schwere und Nähe der Gefahr zu messen. Die *Gefährdung* muß eine grobe sein. Daher tritt das Maß des Widerstreits zwischen Gebot bez. Verbot und Zuwiderhandlung gegenüber der Gefährdung derart zurück, daß selbst eine *strafbare* Pflichtverletzung nicht ohne weiteres zur Entziehung berechtigt. So kann der Gesellschafter, der einige Postwertzeichen für Privatbriefe verwendet, trotz der Strafbarkeit dieser Tat der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht nicht wider seinen Willen beraubt werden[4]); dagegen

[2]) So Goldmann § 117 Anm. 6, RG Bd. 24 S. 137, Staud. § 712 II.

[3]) So Brand § 117 Anm. 2, der aber einen solchen Tatbestand nur „regelmäßig" fordert.

[4]) So Knoke S. 64.

wird in der Regel die Aneignung auch nur geringer Summen einen Grund zur Entziehung bilden, da dem Täter weitere Unterschlagungen in erheblicherem Umfange zuzutrauen sein werden[5]).

2. In subjektiver Hinsicht fordert die herrschende Meinung Verschulden[6]). Dabei erklärt sie schon leichte Fahrlässigkeit für ausreichend[7]), indem sie arg. e contr. §§ 133 HGB, 723 Abs. 1 S. 1 BGB richtig schließt, daß die Beschränkung auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz für die §§ 712 BGB 117, 127 HGB nicht gilt. Weshalb aber durchaus Verschulden überhaupt vorliegen muß, ist nicht einzusehen. Ein Verschulden liegt weder in dem Begriffe „Pflichtverletzung", noch in dem Worte „grob".

a) Pflichtverletzung an sich fordert kein Verschulden; denn es ist denkbar, daß jemand seine Pflicht nicht erfüllt hat, weil er durch Abwesenheit oder Krankheit daran verhindert war[8]), oder eine andere, dringendere Pflicht zu erfüllen hatte, oder weil er über die Umstände, welche die Pflicht begründeten, sich in entschuldbarer Unkenntnis befand[9]).

b) Das Wort „grob" kann nur als Steigerung des Wortes „Pflichtverletzung" aufgefaßt werden. Daher kann aus der Anwendung dieses Wortes auch nicht das Erfordernis des Verschuldens herausgelesen werden.

Sonach erfordert der Begriff „grobe Pflichtverletzung" kein Verschulden[10]).

c) Damit ist aber nicht gesagt, daß die Frage des Verschuldens unerheblich wäre. Je nach der Schwere des Verschuldens wird mit Rücksicht auf die an den Tag gelegte Gesinnung die Gefährdung der Gesellschaft größer oder geringer erscheinen. Die Frage des Verschuldens kann sogar ausschlaggebend sein. So wird in der Regel bei dem Gesellschafter, der eine Pflicht verletzt, ohne sie trotz Anwendung der diligentia quam suis zu kennen, es einer einfachen Belehrung bedürfen. Nachdem er seine Pflicht kennt, liegt eine Gefahr für die Gesellschaft nicht mehr vor; es wäre daher verfehlt, ihm deswegen die Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht zu entziehen. Ferner ist dann, wenn die grobe Pflichtverletzung vom Standpunkt des Verletzten aus

---

[5]) So Knoke a. a. O.

[6]) So Goldmann § 117 Nr. 6, § 125 Nr. 5 (ohne Gründe), anscheinend auch Staub § 117 3 (ohne Gründe); betr. des entsprechenden gleichgefaßten § 712 BGB: Staud. § 712 Anm. II 1a, Planck § 712 Ib, RG-Räte § 712 4, Knoke S. 63, Motive z. BGB S. 606 (aber nur zur Fassung des I. Entw., der lautete: „wenn der Gesellschafter sich einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht hat").

[7]) A. M. Knoke S. 63—64, der mindestens grobe Fahrlässigkeit fordert.

[8]) So Weyl S. 251.

[9]) Ebenso Goldm.-Lil. § 33 Ziff. 5b S. 139: „Wo das Gesetz von Verletzung einer Pflicht spricht, ist nur objektiv, ohne Rücksicht auf Verschulden, Nichterfüllung gemeint."

[10]) Ebenso Weyl S. 246 ff., Oertm. § 712 2a, Hölder § 27 Anm. 4, Fischer-Henle § 712 6.

mangels Verschuldens als Zufall anzusehen ist, in der Regel davon auszugehen, daß ein solcher Zufall auch bei jeder anderen an die Stelle des Verletzenden tretenden Person eintreten könnte, sodaß kein Anlaß vorliegt, die Person des Geschäftsführenden bez. Vertretenden zu wechseln. Sonach ergibt sich das Erfordernis des Verschuldens zwar nicht als begriffliches, wohl aber oft genug als praktisches Erfordernis.

3. Nach alledem wird im Zweifel grobe Pflichtverletzung in den vom alten Handelsgesetzbuch in Art. 125 Ziff. 2—4 aufgeführten Beispielsfällen vorliegen, also:

a) wenn ein Gesellschafter bei der Geschäftsführung oder Vertretung[11]) oder bei der Rechnungslegung unredlich verfährt; so, wenn er hinter dem Rücken der anderen Gesellschafter Handlungen vornimmt, die, ihm erkennbar, die Gesellschaft zu schädigen geeignet sind[12]), oder wenn er verbotene Konkurrenz treibt (auch durch Eintritt in eine andere gleichartige Handelsgesellschaft[13]),

b) wenn er die Erfüllung der ihm obliegenden wesentlichen Verpflichtungen unterläßt; so insbesondere, wenn er träge ist, sich um die Geschäftsführung oder Vertretung nicht genügend kümmert. Ob Rückstand der vereinbarten Geldeinlage ausreicht, ist Tatfrage. Es kann die Pflicht zur Einlage gegenüber der Pflicht zur Geschäftsführung oder Vertretung mehr nebensächlich sein, sie kann aber auch, insbesondere dann, wenn sie so erheblich ist, daß das Unterbleiben der Einzahlung zu Zahlungsschwierigkeiten der Gesellschaft führt, die Entziehung rechtfertigen.

Hierher gehört auch der Fall, daß der Betroffene die Grenzen seiner Befugnisse erheblich überschreitet; daher ist es als wichtiger Grund anzusehen, wenn er über den Rahmen seiner Befugnisse hinaus ein außergewöhnliches gewagtes Geschäft vornimmt[14]).

c) bei Mißbrauch der Firma oder des Vermögens der Gesellschaft zu Privatzwecken. Daß eine Benachteiligung der Gesellschaft beabsichtigt oder eingetreten war, ist nicht erforderlich[15]). Der Mißbrauch braucht durchaus nicht ein unredlicher zu sein. Mit Recht erachtet das Reichsoberhandelsgericht[16]) einen Mißbrauch schon dann als vorliegend, wenn die Firma der Gesellschaft ohne Genehmigung der übrigen Gesellschafter gebraucht und die Gesellschaft dadurch verpflichtet wird. Das Reichsoberhandelsgericht begründet dies richtig damit, selbst wenn kein Schaden entstanden sei, so werde das Ver-

[11]) Was das alte HGB nicht vorhebt, da es, wie oben § 9 V 2 dargelegt, Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht für begrifflich untrennbar verbunden hält.
[12]) So Brand § 117 3.
[13]) So Brand a. a. O.
[14]) So ROHG Bd. 20 S. 248. betr. Ausschließung aus der Ges.
[15]) Vgl. Mak. § 117 I e, ROHG Bd. 20 S. 267.
[16]) ROHG a. a. O.

mögen der Gesellschaft gefährdet, da die Besorgnis gerechtfertigt sei, daß in wiederholten weniger harmlos verlaufenen Fällen sich der Mißbrauch wiederholen könne. Allerdings wird man einen solchen Mißbrauch dann nicht als vorliegend erachten können, wenn der Täter angenommen hat und nach den Umständen annehmen konnte, daß die übrigen Gesellschafter die Genehmigung gegeben hätten (vgl. §§ 105 Abs. 2 HGB, 713, 665 BGB).

III. Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung oder Vertretung. Die Lebensinteressen der Gesellschaft verlangen zur Geschäftsführung und Vertretung fähige Personen. Ob die Unfähigkeit auf Verschulden beruht (Trunksucht) oder nicht, muß daher hier gleichgültig sein, wie in der Literatur einstimmig anerkannt ist[17]). Da aber die wohlerworbenen Rechte der Betroffenen zu berücksichtigen sind, kann bloße Ungeeignetheit nicht genügen. Auch hier muß vielmehr eine erhebliche Gefährdung der Interessen der Gesellschaft vorliegen. Daher werden gereiztes Wesen, vereinzelte komische Ansichten, Prozeßsucht, wenn sie nicht ausartet, in der Regel nicht als Unfähigkeit, sondern nur als Ungeeignetheit angesehen werden können.

Aus demselben Grunde muß die Unfähigkeit sich auf die ordnungsmäßige Geschäftsführung oder Vertretung als solche beziehen, und zwar in dem Umkreis, in dem sie dem Betroffenen belassen ist (vgl. Art. 101 Abs. 3 ADHGB vbd. mit Art. 125 Ziff. 5 ADHGB, verbis: „zu den ihm obliegenden Geschäften"). Daher kann Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung und Vertretung weder dort vorliegen, wo sie sich auf Handlungen bezieht, die außerhalb des Kreises der Geschäfte liegen, mit denen der Betreffende betraut ist, noch dort, wo jene Handlungen, zu deren ordnungsmäßiger Vornahme der Betreffende unfähig ist, zwar innerhalb des Kreises der ihm übertragenen Geschäfte fallen, aber ohne Schaden für die Gesellschaft in seinem Auftrag durch Andere erledigt werden. Daher wird die Unkenntnis des Lesens und Schreibens nicht immer bei dem erheblich sein, der lediglich Waren zu prüfen oder die Angestellten zu beaufsichtigen hat. Die fehlende Kenntnis einer fremden Sprache wird als Unfähigkeit im Sinne des Gesetzes nicht anzusehen sein, wenn nur ausnahmsweise die fremde Sprache anzuwenden ist, wird dagegen erheblich, wenn die Geschäfte ausschließlich mündlich und schriftlich mit Ausländern geführt werden, und die Gesellschaft sich den Luxus eines Dolmetschers nicht leisten kann.

Nach alledem wird Unfähigkeit im Sinne des Gesetzes in der Regel vorliegen bei einer nicht nur vorübergehenden Krankheit (vgl. Art. 125 Ziff. 5 ADHGB), wenn sie die Bewegungsfreiheit erheblich hemmt, oder den Geist nachteilig beeinflußt, so insbesondere bei Ein-

---

[17]) Vgl. z. B. Mak. § 117 I e, Knoke S. 64, RG-Räte § 712 Anm. 4.

treten der Geschäftsunfähigkeit wegen Geisteskrankheit[18]), aber auch wohl schon bei hochgradiger Nervosität[19]). Im Falle der Geschäftsunfähigkeit hätte an sich der gesetzliche Vertreter das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung, bez. zur Vertretungsmacht; da aber beides intuitu persona dem Gesellschafter belassen war, so brauchen die übrigen Gesellschafter sich mit einem gesetzlichen Vertreter nicht einzulassen[20]).

Unfähigkeit wird ferner regelmäßig [21]) vorliegen, wenn ein Gesellschafter einen Geschäftskreis vertraglich übernommen hat, zu dem ihm die nötigen Kenntnisse fehlen, z. B. Buchführung, Warenprüfung oder technische Leitung.

IV. Wichtiger Grund im allgemeinen.

1. Die vorstehenden Darlegungen geben zwar gewisse Anhaltspunkte für das Wesen des wichtigen Grundes, aber auch nicht mehr. Wann eine Pflichtverletzung hinreichend „grob" ist, wann eine die bloße Ungeeignetheit übersteigende Unfähigkeit vorliegt, wann diese sich auf die ordnungsmäßige Geschäftsführung oder Vertretung bezieht und erst recht, wann ein wichtiger Grund vorliegt, der weder grobe Pflichtverletzung, noch Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung oder Vertretung ist, das kann je nach den Umständen in einem Falle anders zu beurteilen sein, als in dem anderen.

Zwar versucht Ritter [22]), eine Definition des wichtigen Grundes: jeder Grund sei wichtig, aus dem den übrigen Gesellschaftern die Fortsetzung des Geschäftsführungs- oder Vertretungsverhältnisses nicht zugemutet werden könne. Jedoch versetzt diese an sich richtige Definition nur die eine Unbekannte durch eine andere. Denn es erhebt sich die Frage: wann kann den übrigen Gesellschaftern die Fortsetzung zugemutet werden? Da dies von Fall zu Fall verschieden zu beantworten ist, werden wir besser auf eine Definition des wichtigen Grundes verzichten und uns damit begnügen, die hauptsächlichsten, vom Richter zu würdigenden Gesichtspunkte hervorzukehren.

2. Der Richter wird folgendes zu beachten haben:

a) Wie unter I dargelegt, kann nur eine Gefährdung der Gesellschaftsinteressen die Entziehung rechtfertigen. Der Richter hat also in jedem Falle zu prüfen, ob eine solche vorliegt. Das bereits ein Schaden entstanden ist, fordert das Gesetz nicht, wie nicht streitig ist[23]). Es genügt, daß Schaden droht, selbst wenn im gegebenen Falle zufällig keiner eingetreten, sondern Gewinn erzielt worden ist[24]).

---

[18]) Hill S. 92.
[19]) Staub § 117 3.
[20]) So i. E. RG-Räte § 712 Anm. 4.
[21]) Vgl. aber ROHG Bd. 18 S. 397.
[22]) In § 117 Anm. 1, § 127 Anm. 1.
[23]) Vgl Lehm.-Ring § 117 Nr. 3, ROHG Bd. 18 S. 397, Bd. 20 S. 248, Hill S. 91.
[24]) Vgl. ROHG Bd. 20 S. 248.

Daraus, daß es sich um Schutz der Gesellschaft handelt, folgt, daß Verfehlungen gegenüber einzelnen Gesellschaftern als solche keinen wichtigen Grund bilden. Daher werden Feindseligkeiten, insbesondere Beleidigungen, nur dann als wichtiger Grund angesehen werden können, wenn sie die gedeihliche Führung der Gesellschaftsgeschäfte hindern[25]). Dagegen wird ein Diebstahl gegenüber einem Mitgesellschafter wegen der dadurch bekundeten, dem Vermögen der Gesellschaft gefährlichen Gesinnung einen wichtigen Grund bilden.

b) Da die Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht entzogen werden sollen, so muß die Gefährdung der Gesellschaftsinteressen auch gerade in Mängeln der Geschäftsführung bez. Vertretung ihren Grund haben. Daraus folgt, daß ein lediglich im Bereich der Geschäftsführung liegender Grund nicht zur Entziehung der Vertretungsmacht ausreicht und ebenso umgekehrt[26]). So wird übler Leumund, unter dem das Ansehen der Gesellschaft leidet, eher einen Grund zu Entziehung der Vertretungsmacht, als der Geschäftsführungsbefugnis bilden und werden umgekehrt mangelnde Kenntnisse der Buchführung oder technischen Arbeiten eher zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis, als der Vertretungsmacht führen.

Aus denselben Gründen brauchen Tatsachen, die einen wichtigen Grund für die Auflösung der Gesellschaft oder die Ausschließung eines Gesellschafters aus ihr nach §§ 133, 140 HGB bilden, noch nicht ohne weiteres auch die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht zu rechtfertigen[27]). Während unter Umständen mangelnde Rentabilität einen Grund zur Auflösung und Mißhandlungen oder Ehrverletzungen anderer Gesellschafter einen Grund zur Auflösung oder Ausschließung bilden, genügen diese Umstände noch nicht ohne weiteres zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht[28]), nämlich dann nicht, wenn sie auf die ordnungsmäßige Geschäftsführung bez. Vertretung ohne Einfluß sind.

c) Die Entziehung ist eine in die Verfassung der Gesellschaft tief eingreifende Maßnahme. Sie richtet sich gegen einen Einzelnen und drängt ihn aus vertraglich erworbenen Sonderrechten heraus in eine nicht vereinbarte und nicht gewollte Lage. Sie ist eine Ausnahmebestimmung mit fast pönalem Charakter. Daher wird bei der Prüfung der Wichtigkeit des Entziehungsgrundes ein strenger Maßstab anzulegen sein[29]). Der Richter wird abzuwägen haben, ob die Gefährdung der Interessen der Gesellschaft so erheblich ist, daß sich

[25]) Vgl. Kamm.-Ger. in KGJ Bd. 32 Abt. A S. 135 (1906).
[26]) Ritter § 127 1, Mak. § 117 I e.
[27]) Vgl. Mak. § 117 I e, RG Bd. 24 S. 138.
[28]) Ebenso wird umgekehrt Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung oder Vertretung nicht immer einen wichtigen Grund zur Ausschließung oder Auflösung bilden.
[29]) So RG Bd. 24 S. 139 betr. Ausschließung.

die vertragswidrige Behandlung des betreffenden Gesellschafters rechtfertigt[30]). Daher werden kleine Unregelmäßigkeiten, die ja in jeder Gesellschaft vorkommen, keinen wichtigen Grund bilden[31]). Andererseits wird, wenn die Entziehung nur eine vorläufige (durch einstweilige Verfügung) ist, der Maßstab nicht so streng zu sein brauchen[32]).

3. Auf Grund der unter 2 aufgeführten Erwägungen wird der Richter insbesondere folgende Umstände zu berücksichtigen haben:

a) Die im Gesellschaftsvertrag mutmaßlich gewürdigten Umstände[33]). Gemäß § 109 HGB entscheidet die Auslegung des Gesellschaftsvertrags darüber, welcher Grund als erheblich genug anzusehen ist. Daraus folgt, daß Umstände, welche den Gesellschaftern bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags bekannt waren (so Konkurrenzbetrieb eines Gesellschafters) oder deren Kenntnis sie annehmbar nicht zum Ausschluß von der Geschäftsführung oder Vertretung veranlaßt hätte, nicht zur Entziehung berechtigen. Gemäß § 109 HGB steht es sogar den Gesellschaftern frei, im Gesellschaftsvertrag an sich wichtige Gründe zu unwichtigen und umgekehrt zu machen[34]), auch absolute Entziehungsgründe aufzustellen[35]). Daher wird eine erfolgte Verzeihung einer Tatsache die Eigenschaft als wichtiger Grund nehmen [36]) und so ein gesellschaftliches Sonderrecht für den Betreffenden schaffen. Dabei wird der Richter zu beachten haben, daß Verzeihung auch stillschweigend erfolgen kann. Dies hat mindestens zur Voraussetzung, daß die übrigen Gesellschafter mit Vorwissen des Betroffenen die Tatsachen, welche den an sich wichtigen Grund bilden, kennen und trotzdem längere Zeit von ihrem Entziehungsrechte keinen Gebrauch machen.

b) Die Intensität der Gefahr. Wir haben unter 2a gesehen, daß auch ein blos drohender Schaden genügt. Es wird aber nicht jeder drohende Schaden einen wichtigen Grund bilden. Vielmehr wird dessen Nähe und Schwere zu berücksichtigen sein. Je nach dem größeren oder geringeren Umfang des zu gewärtigenden Schadens, — nicht des entstandenen — ist eine geringere oder größere Wahrscheinlichkeit des Eintritts als genügend anzunehmen. Dabei ist der Umfang eines bereits entstandenen Schadens insofern von Bedeutung, als er ein Indiz für den Umfang des künftigen Schadens bildet.

---

[30]) Vgl. Brand § 117 3.

[31]) So RG Bd. 24 S. 139 betr. Ausschließung und Brand § 117 3.

[32]) Vgl. RG in Recht 09 Nr. 741.

[33]) So Goldmann § 117 Nr. 4, § 127 Nr. 2, Hill S. 91.

[34]) So Staub §§ 117 5, 127 6, Goldmann §§ 117 Nr. 7, § 127 Nr. 6, Ritter §§ 117 1, 127 1, Brand §§ 117 3, 127 2b, Dettm. S. 65, Hill S. 91, Schmidt S. 52; vgl. Staud. § 712 II 6, Oertm. § 712 2e, RG Bd. 24 S. 140.

[35]) Vgl. RG Bd. 24 S. 140.

[36]) Ritter § 117 1, § 127 1, RG Bd. 38 S. 116, Bd. 51 S. 90 f., RG in JW 02 S. 259 Nr. 28.

c) Das Verschulden. Daraus, daß das Gesetz Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung oder Vertretung als wichtigen Grund gelten läßt, ergibt sich, daß Verschulden an sich keine notwendige Voraussetzung der Entziehung ist [37]) (vgl. oben III). Daher wird z. B. als wichtiger Grund anzusehen sein: Ausweisung aus dem Lande, Annahme eines Staatsamtes, das keine gewerbliche Nebentätigkeit duldet, oder Begründung eines vom Ort des Gewerbebetriebs so entfernten Wohnsitzes, daß darunter der Geschäftsbetrieb leidet. Doch wird nach dem unter 2c und II 2c Gesagten die Frage des Verschuldens vom Richter mit in den Kreis seiner Berechnungen zu ziehen sein [38]). Je geringer das Verschulden ist, desto weniger „wichtig" erscheint der Grund. Insbesondere wird ein wichtiger Grund nicht vorliegen, wenn die übrigen Gesellschafter sich ähnlicher Verfehlungen schuldig gemacht haben, da dann zu einem Wechsel in der Geschäftsführung oder Vertretung keine Veranlassung vorliegt. Auch sonst ist bei Bemessung der Schwere des Verschuldens das Verhalten der übrigen Gesellschafter mit in Rechnung zu ziehen. So wird eine Beleidigung eines Mitgeschäftsführenden oder Mitvertreters, die ein weiteres Zusammenarbeiten erheblich erschwert, keinen wichtigen Grund bilden, wenn der Beleidiger erst schwer gereizt worden ist. „Es ist selbstverständlich, daß bei Abwägung der dem Beklagten vorgeworfenen Verfehlung und der von diesem zum Zweck der Kompensation gegen die Kläger erhobenen Beschuldigungen mit gleichem Maße zu messen ist" [39]). Allerdings wird, wenn es sich um eine lediglich vorläufige Regelung durch einstweilige Verfügung handelt, eine derartige Aufrechnung nicht notwendig in Betracht zu ziehen sein [40]).

d) Das Zusammenwirken der einzelnen Gründe. Selbst wenn von den nachgewiesenen Gründen kein einziger für sich allein wichtig genug wäre, so können sie in ihrer Gesamtheit doch einen wichtigen Grund bilden [41]), so wenn die einzelnen geringen Schäden durch ihre Häufung erheblich werden oder sich in der Fortsetzung der Verfehlung ein besonders hoher Grad des Verschuldens offenbart. Auch verziehene Tatsachen wirken noch insoweit nach, als sie mit anderen, an sich unzureichenden, einen wichtigen Grund bilden können [42]).

---

[37]) Ritter § 117 1, 127, 1, Lehm.-Ring § 117 Nr. 3, Schmidt S. 52, vgl. RG Bd. 24 S. 138.

[38]) Vgl. RG Bd. 24 S. 139.

[39]) Vgl. RG Bd. 24 S. 139.

[40]) So RG im Recht 09 Nr. 741.

[41]) Ritter § 117 1, § 127 1, Lehm.-Ring § 117 Nr. 3, RG Bd. 24 S. 137, Dettm. S. 64, Hill S. 91/92.

[42]) So Ritter § 117 1, § 127 1; vgl. RG Bd. 51 S. 91, ROHG Bd. 17 S. 220.

§ 12.

2. Zeitgrenzen für das Bestehen des wichtigen Grundes, Beweislast und Umfang des richterlichen Ermessens.

I. Zeitgrenzen für das Bestehen des wichtigen Grundes.

Die zeitliche Grenze, innerhalb deren der wichtige Grund vorliegen muß, ergibt sich aus dem Zweck der §§ 117, 127 HGB. Da die Gesellschaft auch dann gefährdet erscheint, wenn vor Entstehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht, ja sogar schon vor Begründung der Gesellschaft der wichtige Grund vorlag, beispielsweise die übrigen Gesellschafter mit dem Verklagten ohne Kenntnis seiner schweren, wegen Betrugs erlittenen Strafen den Gesellschaftsvertrag schlossen[1]), so erscheint es nicht notwendig, daß der Entziehungsgrund aus der letzten Zeit vor der Klage stammt, ja auch nur während der Dauer der Gesellschaft entstanden ist. Auch hier wird jedoch zu unterscheiden sein. So wird eine weit zurückliegende leichtsinnige Jugendverfehlung keinen Entziehungsgrund bilden, wenn seither das Verhalten des Betreffenden so gewesen ist, daß eine Wiederholung ihm nicht zuzutrauen ist.

Da das Urteil darüber zu entscheiden hat, ob ein wichtiger Grund vorliegt, so muß der Grund am Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung noch seine Wirkung äußern[2]). Andernfalls ist die Klage abzuweisen, selbst wenn er zur Zeit der Klageerhebung noch vorhanden war, so, wenn der Geisteskranke während des Rechtsstreits gesund wird. Bei der Entziehung nach dem alten Handelsgesetzbuch, die nach Art. 101 durch Widerruf, d. i. empfangsbedürftige Willenserklärung, erfolgt (vgl. unten § 13 II), tritt anstelle des Schlusses der letzten Verhandlung der Zeitpunkt der Abgabe, insbesondere des Zugehens der Widerrufserklärung.

II. Die Beweislast für das Vorliegen eines wichtigen Grundes hat naturgemäß die klagende Partei, da die Behauptung, daß ein wichtiger Grund vorliegt, zum Klaggrund gehört. Dieser Satz ist aber nicht zu überspannen. Es kann den Klägern nicht zugemutet werden, alle der Annahme eines wichtigen Grundes entgegenstehenden Behauptungen des Beklagten zu entkräften. Haben daher die Kläger das Vorliegen eines wichtigen Grundes prima facie bewiesen, so hat der Beklagte die besonderen Tatsachen zu beweisen, die der Annahme eines wichtigen Grundes entgegenstehen. So hat beispielsweise der Beklagte den Beweis zu führen, daß im Gesellschaftsvertrag der von den Klägern erwiesene Tatbestand seiner Natur als wichtiger Grund entkleidet ist oder Verzeihung vorliegt oder gleiches Verschulden die Kläger trifft oder daß künftig Handlungen, zu denen Unfähigkeit besteht, nicht erforderlich sein werden (z. B. Abbruch der Beziehungen zum Ausland, dessen Sprache der Beklagte nicht versteht).

[1]) Vgl. Ritter § 117 1, § 127 1.
[2]) So i. E. Ritter a. a. O.

III. Das Ermessen des Richters.

Der Richter hat darüber, ob ein wichtiger Grund vorliegt, unter Berücksichtigung aller Tatumstände nach freiem Ermessen zu entscheiden[3]). Dabei darf er jedoch nicht willkürlich verfahren, sondern seine Entscheidung muß sachgemäß und billig sein[4]).

Nun hat die Wortfassung der §§ 117, 127 HGB in der Literatur zu Streit Veranlassung gegeben, ob die Entziehung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes erfolgen muß oder kann, d. h. vom Richter versagt werden darf. Während Einige[5]) der Meinung sind, daß bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Entziehung erfolgen muß, beschränken Andere[6]) diesen Zwang des Richters auf die Fälle grober Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung oder Vertretung. Im Gegensatz hierzu schließen wieder Andere aus der bloßen Wortfassung „kann", daß dem Richter nur eine Ermächtigung gegeben werde[7]), sodaß er selbst bei Vorliegen eines „in abstracto ausreichenden" Grundes die Entziehung versagen dürfe, wenn „die Gesamtheit der Sachlage abweichende Beurteilung angemessen erscheinen läßt"[8]). Dabei schweigt diese Theorie darüber, ob dann, wenn dieser abweichende Fall vorliegt, der Richter die Entziehung ablehnen muß.

Die zuletzt angeführte Meinung schneidet ohne Grund und Not den Begriff „wichtiger Grund" in die beiden Teile eines „in abstracto" und„ in concreto" wichtigen Grundes. Diese nicht ganz klare Teilung soll anscheinend dort ihre Trennlinie haben, wo die Beweislast der Kläger aufhört und die des Beklagten anfängt. Im tieferen Sinne besteht aber ein Gegensatz zwischen den Theorien überhaupt nicht. Wenn ein „in abstracto" wichtiger Grund vorliegt, aber beispielsweise der diesen Grund bildende Tatbestand nach der Auslegung des Gesellschaftsvertrags nicht zur Entziehung ausreichen sollte, so ist der betreffende Grund eben zur Entziehung nicht wichtig genug; mit anderen Worten: ein nur „in abstracto" wichtiger Grund ist kein wichtiger Grund im Sinne des Gesetzes.

Versteht man aber unter einem wichtigen Grund einen bei Berücksichtigung der ganzen Sachlage wichtigen Grund, so kann man unmöglich dem Richter gestatten, nach seinem Belieben die Entziehung abzulehnen oder zu verfügen. Erscheint der behauptete und erwiesene Grund dem Richter bei Würdigung aller Umstände wichtig genug zur Entziehung, dann muß er diese aussprechen, andernfalls muß er sie ablehnen.

---

[3]) Vgl. Brand § 117 3, RG Bd. 24 S. 137 ff.
[4]) Brand § 127 2b, Ritter § 127 1, Kamm.-Ger. in KGJ Bd. 32 Abt. A S. 134.
[5]) So Ritter § 117 2, 127 2, Lehm.-Ring § 117 Nr. 3, Dettm. S. 65,
[6]) Goldm. § 117 Nr. 5, § 127 Nr. 4, Schmidt S. 51.
[7]) So Brand § 117 Anm. 5.
[8]) So ROHG Bd. 18 S. 396, betr. Ausschließung, Fiedler S. 59, v. Hahn S. 439, ähnlich Mak. § 117 Id.

III. Hauptabschnitt.

Das Entziehungsverfahren.

§ 13.

1. Allgemeines.

I. Die Natur des Entziehungsrechts.

Wie bereits in der Einleitung dargelegt, ergibt sich die in die Hand der Gesellschafter gelegte Möglichkeit, einem Mitgesellschafter die Vertretungsmacht oder Geschäftsführungsbefugnis wider seinen Willen zu entziehen, nicht aus der Natur des Gesellschaftsvertrags, entspringt vielmehr praktischen Erwägungen. Sie ist ebenso wie die Vertretungsmacht (vgl. oben § 5 II 2) eine Unterart der „Rechte des rechtlichen Könnens“[1]). Im engeren Sinne handelt es sich um ein sogenanntes „Gestaltungsrecht“, d. h. um ein „subjektives Privatrecht, dessen Inhalt ist: die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehung durch einseitiges Rechtsgeschäft“[2]). Zu beachten ist, daß mit dem Rechte des Könnens auch in der Regel ein Recht des Dürfens verbunden ist, das sich insbesondere darin äußert, als die rechtmäßige Vornahme des „Gestaltungsgeschäfts“[3]) nicht zu Schadenersatz verpflichtet.

An der Natur eines solchen Gestaltungsgeschäfts ändert es nichts, ob nun die erstrebte Rechtswirkung lediglich durch die Willenserklärung des Ermächtigten oder durch ein von ihm erwirktes Gestaltungsurteil erwirkt wird[4]). Im letzten Falle handelt es sich nur um eine andere Form des Gestaltungsgeschäfts. Die Rechtsänderung vollzieht sich durch den Doppeltatbestand von Privatwillenserklärung und Staatsakt[5]).

Beide Formen des Gestaltungsgeschäfts sind, wie in folgendem ersichtlich, der Rechtsordnung für den Fall der Entziehung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht bekannt.

II. Die Entziehung nach dem alten Handelsgesetzbuch.

Nach Art. 101 ADHGB hat die Entziehung durch Widerruf zu erfolgen. Dem Ermessen des Richters ist lediglich die Entscheidung überlassen, ob eine rechtmäßige Ursache vorlag, d. h. ob der Widerruf

---

[1]) Vgl. Zitelmann Bd. 2 S. 32 ff.; Stein § 857 II 7 bezeichnet die Rechte des rechtlichen Könnens als „Handlungsrechte“.

[2]) So Seckel S. 207, 210; vgl. Hellwig Anspr. S. 2, Oertm. vor § 194 D 1 S. 595.

[3]) Diesen Ausdruck schlägt passend Sohm, Gegenstand S. 11 vor, Hellwig ZPr. S. 102 ff. adoptiert ihn.

[4]) So Hellwig Anspr. S. 2, 467, Oertm. S. 596 vor § 194 D 3, Jäger in Zeitschr. f. ZPr. Bd. 40 S. 134—135; a. M. Markus bei Holdheim 07 S. 20.

[5]) Seckel S. 239, 249.

wirksam ist[6]). Die Entziehung erfolgt also nicht durch gerichtliche Entscheidung, wie in §§ 117, 127 HGB, sondern durch Abgabe einer Willenserklärung. Diese Willenserklärung darf nur auf Entziehung lauten, nicht etwa auf Beschränkung[7]). Die Gründe der Unzulässigkeit der Beschränkung sind die gleichen, wie bei den Bestimmungen des neuen Rechts. Es sei daher insoweit auf die Darstellung des neuen Rechts (§ 14 B I) verwiesen.

Zweifelhaft kann sein, ob der Widerruf, wie bei der Gesellschaft des BGB (§§ 712, 715) durch Beschluß aller übrigen Gesellschafter bez. Mehrheitsbeschluß erfolgen muß[8]), oder ob jeder einzelne Mitgesellschafter gültig widerrufen kann. Nun lautet der Artikel 101 dahin, daß „die im Gesellschaftsvertrag geschehene Uebertragung der Geschäftsführung" bei Vorliegen einer rechtmäßigen Ursache widerrufen werden kann. Dies läßt erkennen, daß das Gesetz den Sachverhalt unter dem Gesichtspunkte betrachtet, daß gegen wesentliche Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags verstoßen ist. Einen derartigen Verstoß geltend zu machen, ist aber ein Recht jedes einzelnen Gesellschafters. Daher wird die Erklärung jedes einzelnen Gesellschafters, auch eines von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossenen, zur Entziehung genügen[9]). Für diese Ansicht spricht auch, daß nicht, wie im BGB (§ 712), ein Beschluß der übrigen Gesellschafter ausdrücklich gefordert, und daß auf Art. 125, nicht aber Art. 128 ADHGB verwiesen wird.

Wenn nun bei Vorliegen einer rechtmäßigen Ursache durch die Erklärung eines Gesellschafters die Entziehung wirksam erfolgt, so kann es unmöglich zur Wirksamkeit noch der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedürfen; daher ist Puchelt[10]), der an sich anerkennt, daß jeder einzelne Gesellschafter das Recht des Widerrufs hat, inkonsequent, wenn er noch die Zustimmung aller übrigen Mitgesellschafter fordert. Seine Begründung: „Wenn auch der geschäftsführende Gesellschafter sich dem Widerrufe unterwirft, so dürfen die übrigen Gesellschafter, schon um Kollusionen zu verhüten, sich dem Widerrufe widersetzen", ist nicht stichhaltig. Denn ein Recht, sich dem Widerruf zu widersetzen, kann unmöglich angenommen werden, wenn der Widerruf berechtigt ist, ist aber überflüssig, wenn er unberechtigt und daher unwirksam ist.

Da es somit auf die Zustimmung der übrigen Gesellschafter überhaupt nicht ankommt, wird es, wenn der Betroffene sich nicht an die rechtmäßig erfolgte Entziehung kehrt, nur einer Klage gegen ihn allein bedürfen, um ihn zur Unterlassung weiterer Geschäftsführungs-

---

[6]) Anders Herg.-Tuch. S. 116: Widerruf durch Klage.
[7]) So insbesondere überzeugend Renaud S. 286/287; ferner v. Górski S. 101.
[8]) Dies nimmt die Denkschrift S. 86 an.
[9]) So Puchelt Art. 101 5, Ansch.-v. V. Art. 101 III, Lastig S. 363 zu Anm. 25, v. Górski S. 99, Plathner b. Gruch. Bd. 37 S. 72.
[10]) In Anm. 6 zu Art. 101.

bezw. Vertretungshandlungen zu zwingen. Daher dürfte auch der herrschenden Ansicht[11]), wonach notwendig Klage gegen alle widersprechenden Gesellschafter erhoben werden muß, nicht beizutreten sein. Allerdings wird es zweckmäßig sein, zur Vermeidung sich widersprechender Entscheidungen zugleich mit dem Betroffenen auch alle widersprechenden Gesellschafter mitzuverklagen, bez. diese allein, wenn der vom Widerruf Betroffene sich fügt. Die Klage gegen die Widersprechenden kann naturgemäß nicht auf Unterlassung von Geschäftsführungs- und Vertretungshandlungen, sondern wird auf Feststellung oder Anmeldung zum Handelsregister (bei Vertretung) gerichtet sein[12]). Das auf Unterlassung gerichtete Urteil kann nach vorstehendem, wie auch nicht streitig ist[13]), nicht konstitutiv, sondern nur deklarativ wirken.

Neben der Klage ist gemäß §§ 940, 938 ZPO auch einstweilige Regelung der Geschäftsführungs- und Vertretungsverhältnisse durch einstweilige Verfügung möglich. In dieser Hinsicht ist eine Abweichung von dem Rechte des neuen Handelsgesetzbuchs — mit der in § 14 A 2 a. E. erwähnten Ausnahme — nicht gegeben. Daher kann insoweit auf § 14 A 2, 3, B II verwiesen werden.

III. Die Entziehung durch einseitigen Privatwillensakt eines Gesellschafters hat erhebliche Nachteile. Solange nicht ein rechtskräftiges Urteil darüber vorliegt, also insbesondere während des Rechtsstreits, weiß kein Mensch, woran er ist. Dies macht sich besonders unangenehm im Gebiet der Vertretung bemerkbar. Der Dritte, der Kenntnis von der Entziehungserklärung erhält, kann nicht beurteilen, ob sie auf rechtmäßiger Ursache beruht, also wirksam ist und wird sich daher oft genug aus Vorsicht von Geschäften mit der Gesellschaft abhalten lassen. Ueberdies können unter dem Einfluß von Streitigkeiten leicht übereilte Widerrufe erfolgen; damit ist auch der Schikane Tür und Tor geöffnet. Durch die dann folgende Ungewißheit können die Interessen der Gesellschaft schwer geschädigt werden. Werden derartige Widerrufe bekannt gemacht, etwa durch Rundschreiben, so kann überdies der dadurch Betroffene in seiner kaufmännischen Stellung empfindlich geschädigt werden und so einen Nachteil erleiden, den ein von ihm im Rechtsstreit erzielter Sieg nicht auszugleichen vermag.

Aus diesen Erwägungen[14]) hat das neue Handelsgesetzbuch zur Beseitigung derartig unerträglicher Schwebezustände die Entziehung zunächst der Vertretungsmacht der Willkür der Parteien entzogen, insbesondere auch den Beschluß der übrigen Gesellschafter abweichend

---

[11]) Puchelt Art. 101 6, Staub 3. u. 4. Aufl. Art. 101 Ziff. 3, v. Górski S. 101, Herg.-Tuch. S. 116, Keyßner Art. 101 Nr. 2.

[12]) So Renaud S. 286.

[13]) Vgl. z. B. Staub 3. u. 4. Auflage Art. 101 Ziff. 3, v. Górski S. 97, Lehm.-Ring § 117 Nr. 10, Plathner b. Gruch. Bd. 37 S. 72.

[14]) Vgl. Denkschrift S. 93.

vom BGB §§ 712, 715[15]) für unzureichend erklärt und angeordnet, daß die Entziehung „durch gerichtliche Entscheidung" zu erfolgen habe. Damit war auch die Entscheidung über die Art der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis gegeben; denn, wie die Denkschrift[16]) mit Recht sagt, wäre eine „verschiedenartige Regelung namentlich für die Fälle unangemessen, in denen ein Gesellschafter zugleich von der Geschäftsführung und von der Vertretung ausgeschlossen werden soll". Daher bestimmt das Handelsgesetzbuch, daß die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis ebenso wie die der Vertretungsmacht „durch gerichtliche Entscheidung" erfolgen soll.

Das Gesetz knüpft aber die Entziehung an eine besondere Voraussetzung. Da es sich bei der Entziehung um eine Aenderung der Grundlagen des Gesellschaftsvertrags, nicht um einen Akt der Geschäftsführung[17]) (vgl. § 1 unter 4) handelt, können die auf Entziehung gerichteten Maßnahmen im Zweifel nur von allen übrigen — einschließlich der von der Geschäftsführung oder Vertretung ausgeschlossenen — Gesellschaftern beschlossen werden[18]). Das Gesetz fordert dementsprechend auch nach außen einen Antrag aller übrigen Gesellschafter, indem es so den Richter der Prüfung, ob ein gültiger Beschluß auf Antragsstellung vorliegt, überhebt, und indem es so vermeidet, daß verschiedene Gesellschafter in verschiedenen Prozessen mit verschiedenen Ergebnissen klagen.

Aus praktischen Gründen werden wir zunächst die „gerichtliche Entscheidung" und dann erst den „Antrag" ins Auge fassen.

§ 14.

II. Die gerichtliche Entscheidung.

A) Arten der gerichtlichen Entscheidung.

1. Gerichtliche Entscheidung im Sinne von §§ 117, 127 HGB ist in erster Linie ein Urteil. Da die Entziehung „durch gerichtliche Entscheidung" erfolgt, so ist zum Unterschiede von dem Falle der Entziehung nach §§ 712, 715 BGB[1]) und nach Art. 101 ADHGB (vgl. § 13 II a. E.) das Urteil nicht feststellender Natur, sondern rechtsgestaltender[2]).

---

[15]) Bei der Gesellschaft des BGB reicht Beschluß aus, weil die Gesellschaft nicht notwendig nach außen als solche auftritt und daher das Vorhandensein einer Vertretung dort überhaupt nicht nötig ist (ebenso Bacmeister in Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 55 S. 435.)

[16]) S. 86.

[17]) So Mot. z. BGB Bd. 2 S. 606, Goldmann-Lilienthal S. 751 Anm. 59.

[18]) Lehm.-Ring § 117 Nr. 2, Knoke S. 64.

[1]) Oertm. § 712 2 d, Knoke S. 64.

[2]) Vgl. Staub §§ 117 2, 127 2, Brand § 117 4 b, Lehm.-Ring § 117 Nr. 4, Schmidt S. 53, OLG. Dresden u. Hamburg in Rspr. Bd. 3 S. 21/22; vgl. Kamm.-Ger. in RJA Bd. 9 S. 248.

Auf die höchst streitige Lehre von dem Wesen rechtsgestaltender Urteile kann in dieser zivilistischen Untersuchung nicht genauer eingegangen werden. Es sei nur kurz folgendes für unsere Untersuchungen Wesentliche ausgeführt:

Der Richter darf die Entziehung nicht aussprechen, wenn die nach materiellem Recht hierzu nötigen Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Das Urteil enthält daher, wenn es die Entziehung ausspricht, stets eine Entscheidung über das private Recht der übrigen Gesellschafter[3]). Gleichzeitig äußert sich in der rechtsändernden Wirkung des Urteils die Staatsgewalt. Das Urteil ist zwangsweise Rechtsverwirklichung, ist Vollstreckungsakt. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß diese Vollstreckung nicht im Prozeßgesetz, sondern in einem Privatrechtsgesetz („durch gerichtliche Entscheidung") geregelt ist, auch nicht, daß sie nicht sichtbar ist[4]). Daß die Vollstreckung unsichtbar ist, liegt ja nur daran, daß das, was geschehen soll, auf dem Gebiete der Vorstellung liegt und daher die zwangsweise Verwirklichung des privaten Rechts ebenfalls auf diesem Gebiete liegen muß. Diese Vollstreckungswirkung des Urteils ist Ausfluß der Staatsgewalt. Private Vollstreckung müßte als besondere Ermächtigung ausdrücklich festgesetzt sein, wie z. B. in §§ 845, 887 ZPO. Daher bedarf ein die Entziehung aussprechender Schiedsspruch des Vollstreckungsurteils nach § 1042 ZPO, um rechtsändernde Wirkung zu entfalten, nicht nur, um die sogenannte Zwangsvollstreckung im weiteren Sinne, so Eintrag ins Handelsregister und Kostenvollstreckung, zu betreiben[5]).

2. Ein auf Erlaß eines Urteils oder Schiedsspruchs nebst Vollstreckungsurteils gerichtetes Verfahren ist nicht von heute auf morgen zu Ende. Nun aber kann es erhebliche Gefahr für die Interessen der Gesellschaft mit sich bringen, wenn der betreffende Geschäftsführer oder Vertretungsermächtigte noch länger in seiner alten Stellung bleibt. Hier gewährt § 940 ZPO durch die Zulassung einer einstweiligen Verfügung die Möglichkeit, den Zustand hinsichtlich der Geschäftsführung oder Vertretung einstweilen zu regeln, soweit dies nötig ist. Da es sich um die Regelung eines Zustandes handelt, steht der Umstand, daß die einstweilige Verfügung die Vollstreckung vorweg nimmt, nicht entgegen[6]). Die materiellen Voraussetzungen der einstweiligen Verfügungen sind die gleichen, wie die des Urteils, nur tritt noch als Prozeßvoraussetzung hinzu, daß die einstweilige

---

[3]) Vgl. Hellwig Anspr. S. 478, Seckel S. 243.

[4]) So z. B. Hellwig Anspr. S. 475/76, 478, u. Z. Pr. Bd. 3 S. 105 Anm. 28; a. M. z. B. Kamm. Ger. in RJA Bd. 11 S. 225 f.

[5]) So Hellwig Anspr. S. 478, ebenso i. E. Ritter § 117 2, § 127 2, Hill S. 93, vgl. RG Bd. 16 S. 420 abgedruckt in JW Bd. 15 S. 273 Nr. 22, RG in JW 1895 S. 225; vgl. ferner Mot. zu § 807 des Entw. z. ZPO S. 479. Stein § 1042 I verweist auf die Erl. zu § 722 I 2; dort fordert er Vollstreckungsurteil aber nur für sichtbare Vollstreckungsmaßnahmen.

[6]) So Staub § 127 2, RG Bd. 9 S. 334, Bd. 27 S. 430.

Regelung „zur Abwendung wesentlicher Nachteile, oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint". Ob der Hauptprozeß schon begonnen hat oder nicht, ist gleichgültig[7]). Da das Gericht nach freiem Ermessen bestimmt, welche Anordnungen erforderlich sind (§ 938 ZPO), so kann es die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht aussprechen[8]).

Durch Schiedsgericht kann die einstweilige Verfügung nicht erlassen werden, da eine solche die rechtliche Natur eines vorläufigen Vollstreckungsaktes hat, solche Akte aber nach dem unter 1 Gesagten außerhalb der Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes liegen[9]).

Auch für die unter altem Recht stehenden offenen Handelsgesellschaften gelten §§ 940, 938 ZPO[10]). Nur wird hier die zu treffende Maßnahme in der Regel nicht die Entziehung selbst sein, da diese schon durch den vorherigen Widerruf erfolgt sein wird, sondern ein Verbot weiterer Ausübung enthalten.

3. Eine derartige die Entziehung der Vertretungsmacht oder Geschäftsführungsbefugnis aussprechende einstweilige Verfügung ist aber nicht nur möglich, wenn ein Verfahren wegen Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht beabsichtigt ist. Sie kann auch einer auf Auflösung (§ 133 HGB) oder auf Ausschließung (§ 140 HGB) oder auf Geschäftsübernahme (§ 142 HGB) gerichteten Klage vorausgehen oder sie begleiten[11]), auch dann, wenn auf das Recht der Entziehung vertragsmäßig verzichtet wurde[12]). Dies gilt auch für die unter der Herrschaft des alten Rechts stehenden offenen Handelsgesellschaften[13]), nur daß es dort keine Klage auf Geschäftsübernahme gibt.

Daß in diesen Fällen auf einstweilige Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht erkannt werden kann, — nämlich unter den Voraussetzungen der §§ 935, 940 ZPO — ist aber lediglich eine Folge des § 938 ZPO, der dem richterlichen Er-

---

[7]) RG Bd. 30 S. 322.

[8]) Vgl. Ritter §§ 117 2, 127 2, Brand § 117 4 b, § 127 Anm. 2 d, Lehm.-Ring § 117 Nr. 4, Goldm. § 117 Nr. 12, Knoke S. 64, OLG Dresden in Bauer Bd. 11 S. 188, RG Bd. 30 S. 322; a. M. Platzner b. Gruch. Bd. 37 S. 86, der die Ansicht vertritt, eine einstweilige Verfügung könne nur der Ausübung eines Rechts entgegentreten, nicht dem Recht selbst und daher nur ein Verbot der Ausübung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht enthalten, damit wohl zu Unrecht das dem Gericht durch § 938 ZPO gewährte freie Ermessen beschränkend.

[9]) So Kamm.-Ger. in Zeitschr. f. ZPr. Bd. 15 S. 528.

[10]) Aehnlich schon nach altem Prozeßrecht ROHG Bd. 16 S. 72.

[11]) Vgl. Staub 117 6, § 127 7, Puchelt Art. 102 2 a, vgl. Staudinger § 712 II; irrig Hill S. 94: Nur in diesen Fällen sei einstweilige Verfügung zulässig.

[12]) Staub § 117 Anm. 6, § 127 Anm. 7.

[13]) So Staub V. Aufl. Art. 102 § 1 b, Puch. Art. 102 Anm. 2, Behrend S. 490 § 69 Anm. 10.

messen in der Wahl der einstweiligen Maßregeln freien Spielraum läßt. Mit der Entziehung nach §§ 117, 127 HGB, Art. 101 ADHGB hat eine solche einstweilige Verfügung nicht das Mindeste zu tun, ein Umstand, der in der Literatur nicht genügend betont wird, und aus dem sich, wie wir noch sehen werden, wichtige Folgerungen ergeben. Daß auf Entziehung von Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht erkannt wird, liegt hier nicht im Wesen des geltend gemachten Rechts, ist also insofern etwas Zufälliges. Daher wird in der Folge die Entziehung durch eine derartige einstweilige Verfügung der Kürze halber als „außerordentliche" Entziehung bezeichnet werden.

Da der nach §§ 920, 936 ZPO glaubhaft zu machende wichtige Grund nur ein solcher ist, der zur Geltendmachung des Hauptanspruches (z. B. Auflösung) ausreicht, kann er bei „außerordentlicher" Entziehung einer sein, der an sich nach §§ 117, 127 HGB, Art. 101 ADHGB nicht ausreichen würde, z. B. Untersagung der Fortführung des Betriebs durch eine Behörde.

B) Inhalt der gerichtlichen Entscheidung.

I. Urteil.

1. Erfolgt die Entziehung im Wege des Schiedsspruchs, so spricht das die Entziehung tatsächlich bewirkende Vollstreckungsurteil die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Schiedsspruch aus. Im übrigen geht die Formel des Urteils, ebenso wie die des Schiedsspruchs, dahin, daß dem Betreffenden die Geschäftsführungsbefugnis, beziehentlich Vertretungsmacht entzogen wird.

2. Oft aber legen die übrigen Gesellschafter gar keinen Wert auf völlige Entziehung. Es wird ihnen unter Umständen schon damit gedient sein, daß der Verklagte auf Gesamtgeschäftsführung oder Gesamtvertretung, oder daß seine Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht auf einen bestimmten Kreis von Geschäften beschränkt wird. Für die Zulässigkeit eines dahin gerichteten Antrags könnte man versucht sein, den Satz ins Feld zu führen: in maiori inest minus und zu sagen: wenn Entziehung gestattet ist, so muß auch teilweise Entziehung gestattet sein. Jedoch ergibt sich die Unzulässigkeit der Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht schon aus § 126 Abs. 2 HGB. Denn diese Bestimmung dient zum Schutze des äußeren Rechtsverkehrs, und es kann der zufällige Umstand, daß eine Beschränkung gerade durch das Gericht erfolgt, nichts am Sinne der Vorschrift ändern. Aber auch im übrigen scheint die Folgerung a maiori ad minus aus folgenden Gründen verfehlt:

Die Bestimmungen der §§ 117, 127 ergeben sich, wie oben (§§ 1, 2) dargelegt, nicht aus der Natur des Gesellschaftsverhältnisses, sondern sind Ausnahmebestimmungen. Daher sind sie streng auszulegen, sodaß nur ganz gewichtige Gründe ihre Anwendung auf Beschränkungen rechtfertigen würden. Nun aber würde durch eine Beschränkung den enthobenen Gesellschaftern der Zwang auferlegt

werden, unter anderen Bedingungen tätig zu sein, als sie bei der Regelung der Geschäftsführung bez. Vertretung durch Gesellschaftsvertrag gewollt haben. Dies kann ihnen billigerweise nicht zugemutet werden [14]). Ihre Rechtsstellung und tatsächliche Stellung würde von ihrer ursprünglichen, gewollten ganz verschieden sein. Es handelt sich nicht um ein minus, sondern um ein aliud. Daher ist eine Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht unzulässig [15]).

3. Ferner folgt aus dem Vorstehenden, daß dem Gericht zwar die Macht der Entziehung gegeben ist, nicht aber die Macht, anderweit die Geschäftsführung oder Vertretung zu regeln. Daher darf das Urteil den Antragstellern nichts von ihren Befugnissen und ihrer Vertretungsmacht nehmen und nichts geben. Ist der Verklagte Alleingeschäftsführer oder Alleinvertreter, so darf daher das Urteil nicht bestimmen, daß nunmehr ein Anderer, sei es ein Gesellschafter, sei es ein Dritter an seine Stelle tritt [16]), auch nicht Alleingeschäftsführung oder -vertretung in Gesamtgeschäftsführung oder -vertretung umwandeln [17]).

Aus demselben Grunde darf, wenn vor Erlaß des Urteils Gesamtgeschäftsführung oder -vertretung bestand, das Urteil nicht dahin lauten, daß nunmehr die übrigen Gesamtgeschäftsführer oder -vertreter allein volle Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht haben. Eine derartige Aenderung der Rechtsverhältnisse der Antragsteller darf selbst dann nicht erfolgen, wenn diese einig sind. Unmöglich ist ein derartiger Anspruch jedoch nicht. Er ist dann denkbar, wenn die Parteien für den Fall, daß die Klage aus §§ 117, 127 durchdringt, vorsichtshalber eine andere Regelung vereinbart haben. Insoweit handelt es sich aber nicht um ein Urteil nach §§ 117, 127 HGB, sondern um ein deklaratorisches Urteil.

II. Einstweilige Verfügung.

1. Fast in allen vorgenannten Punkten verhält es sich bei der einstweiligen Verfügung anders, sei es daß eine ordentliche, sei es daß eine „außerordentliche" Entziehungsverfügung vorliegt. In der Regel spricht sie, ebenso wie ein gewöhnliches Urteil, oder ein Schiedsspruch, die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht aus. Dies ist aber nicht ihr notwendiger und nicht notwendig ihr alleiniger Inhalt. Denn nach § 938 ZPO bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen, welche Anordnungen erforderlich sind.

---

[14]) Ebenso Renaud S. 287.

[15]) So Ritter §§ 117 2, 127 2, Mak. § 117 I d, Lehm.-Ring § 117 Nr. 6, § 127 Nr. 3, Goldm. § 127 Nr. 8, v. Górski S. 101, Renaud S. 287, Vgl. RG Bd. 12 S. 34.

[16]) Ebenso Lehm.-Ring § 117 Nr. 6.

[17]) Lehm.-Ring § 117 Nr. 6, Renaud S. 287.

2. Daher kann die einstweilige Verfügung auch Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht aussprechen, sei es des Umfangs, sei es der Art der Ausübung nach. Daher ist auch insbesondere Beiordnung eines Mitvertreters zulässig[18]). Die Zulässigkeit der Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht hat jedoch enge Grenzen. Gegenüber dem Interesse am geregelten Rechtsverkehr zwischen der Gesellschaft und Dritten, das zur Bestimmung des § 126 Abs. 2 HGB geführt hat, kann, wie schon unter I angedeutet, das Interesse der Gesellschaft oder ihrer Glieder, das zur Zulässigkeit der einstweiligen Verfügung führt, nicht in Frage kommen; daher ist eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht nur in den Grenzen des § 126 Abs. 3 HGB möglich[19]).

3. Aus der dem Richter durch § 938 ZPO gewährten Freiheit folgt auch, daß die beim gewöhnlichen Urteil und Schiedsspruch so streng verpönte Einschränkung und Vermehrung der Rechte Anderer hier stattfinden darf. Insbesondere kann die einstweilige Verfügung Gesamtgeschäftsführung oder -vertretung aller Gesellschafter anordnen; sie kann anordnen, daß nur Einer statt Aller die Geschäftsführungsbefugnis bez. Vertretungsmacht hat, auch wenn dieser bisher von beidem ausgeschlossen war, ja sie kann alle von der Geschäftsführung und Vertretung ausschließen, einschließlich der Antragsteller und einem Dritten die Verwaltung übertragen[20]). Einen Dritten wird das Gericht allerdings nur im äußersten Notfalle bestellen. Ein solcher wird in der Regel nur dann zu bestellen sein, wenn die außer den Betroffenen etwa noch vorhandenen Gesellschafter zur Geschäftsführung oder Vertretung nicht geeignet sind; andernfalls ist ja die Bestellung eines Dritten nicht „erforderlich" (§ 938 Abs. 1 ZPO). Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht im technischen Sinne erhält ein so bestellter Dritter nicht (vgl. § 4 unter 4, § 5 III). Vielmehr ist davon auszugehen, daß die einstweilige Verfügung eine Einigung der Parteien ersetzt, d. h. an Stelle eines Gesellschaftsbeschlusses tritt. Daher beurteilt sich das Verhältnis des Eingesetzten zur Gesellschaft so, wie wenn er durch Gesellschaftsbeschluß eingesetzt wäre. Er ist Beauftragter bez. Bevollmächtigter, nicht aus eigenem Recht Berechtigter. Der Umfang seiner Rechte wird im Zweifel derselbe sein, wie derjenige des von der Entziehung Betroffenen[21]). Er kann, da seine Einsetzung einer durch Gesellschaftsbeschluß erfolgten gleichsteht, auch durch Gesellschaftsbeschluß wieder entsetzt werden. Aus demselben

---

[18]) Ritter § 127 2, Markus in Holdh. 09, S. 23.

[19]) Vgl. Staub § 127 7, Mak. § 127 IV; ebenso nach altem Recht: vgl. Puchelt Art. 116 4.

[20]) Mak. § 117 I a 3, Brand § 117 4 b, Lehm.-Ring § 117 Nr. 6, Staub § 117 6, § 127 7, RG Bd. 22 S. 170, ROHG Bd. 16 S. 73, Markus b. Holdh. 09 S. 23.

[21]) Vgl. v. Górski S. 19, 20.

Grunde richtet sich sein Anspruch auf Vergütung nicht gegen eine von beiden Parteien, sondern gegen die Firma[22]). Wenn die einstweilige Verfügung nachträglich als ungerechtfertigt wieder aufgehoben wird, so haften die Antragsteller nach der Ansicht des Reichsgerichts[23]), dem sich Makower[24]) anschließt, der Gesellschaft ohne Rücksicht auf Verschulden für die dem eingesetzten Dritten aus der Gesellschaftskasse auf Grund gerichtlicher Festsetzung oder mit ihrer Zustimmung bezahlten Vergütung. Dieser Ansicht dürfte nicht beizutreten sein. Zu Unrecht stützt sie sich auf RG Bd. 7 S. 376 ff; denn diese frühere Entscheidung ergibt, ebenso wie die jetzt geltende Bestimmung des § 945 ZPO, nur, daß dem Antragsgegner die durch die Vollziehung der einstweiligen Verfügung entstandenen Schäden zu ersetzen sind. Antragsgegner ist aber nicht die Gesellschaft; diese tritt im Verfahren gar nicht als Partei auf, vielmehr ist es in der Regel der abgesetzte Gesellschafter. Diesem ist allerdings sein Schaden in den Fällen des § 945 ZPO auch ohne Verschulden der Antragssteller zu ersetzen. Es ist dies ein Anspruch, den er persönlich gegen die Antragsteller ohne Rücksicht auf seine Mitgliedschaft hat. Was die aus der Gesellschaftskasse dem Dritten gezahlte Vergütung anlangt, so besteht sein Schaden aber nicht in der vollen Höhe dieser Vergütung, sondern, da er nur anteilig an der Minderung des Gesellschaftsvermögens beteiligt ist, nur in der durch die Vergütungsgewährung herbeigeführten Minderung seines Guthabens, sodaß ihm nur diese Minderung zu ersetzen ist. Dieser Schadenersatzanspruch entfällt naturgemäß in den wohl seltenen Fällen, wenn die Antragsteller die diligentia quam suis verletzt haben und deshalb der Gesellschaft als solcher die ganze Vergütung haben erstatten müssen.

C) Wirksamkeit der gerichtlichen Entscheidung (Zeitpunkt der Entziehung).

1. Aus der rechtsgestaltenden Natur des Urteils (§ 14 A 1) folgt, daß im Zeitpunkt seiner Rechtskraft die Entziehung erfolgt. Die Entziehung durch Schiedsspruch erfolgt nach dem unter § 14 A I Gesagten erst mit der Rechtskraft des Vollstreckungsurteils.

2. In welchem Zeitpunkt erfolgt nun die Entziehung, wenn das Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt ist (vgl. § 708 ZPO)? Ritter[25]) läßt in diesem Falle schon mit der Zustellung die Entziehung eintreten. Dem ist nicht beizupflichten, weil die Erklärung als vollstreckbar insoweit (wohl aber wegen der Kosten) nicht möglich und, wenn erfolgt, unwirksam ist. Dies ergibt sich aus Folgendem:

An sich steht der Umstand, daß eine sichtbare Vollstreckung nicht möglich ist, der Erklärung als vorläufig vollstreckbar nicht entgegen,

---

[22]) Ebenso Mak. § 117 I a 3, Brand § 117 4 b, RG Bd. 12 S. 170.
[23]) Bd. 22 S. 170.
[24]) § 117 I a 3.
[25]) § 117 Anm. 3, § 127 Anm. 7; ebenso Hill S. 93.

da „vollstreckbar" i. S. der ZPO nicht das Geeignetsein, durch Vollstreckungsmittel erzwungen zu werden, bedeutet, sondern nur das Urteil als „wirksam", „gültig" bezeichnet[26]). Auch fehlt eine ausdrückliche Bestimmung darüber, daß die Entziehung erst mit der Rechtskraft des Urteils eintreten soll, wie sie beispielsweise in §§ 1418 Abs. 2, 1425 Abs. 2, 1542 Abs. 2 u. 2342 Abs. 2 BGB enthalten ist. Doch wird eine solche Bestimmung aus dem Sinne des Gesetzes herauszulesen sein. An sich könnte nämlich die vorläufige Vollstreckung ein Doppeltes bedeuten: Einmal die Entziehung von Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht von dem Zeitpunkte ab, in dem das Urteil vorläufig vollstreckbar ist, bis zur Rechtskraft des Urteils, dergestalt, daß die vorläufige Vollstreckbarkeit eine von der Rechtskraft des ex nunc wirkenden Urteils unabhängige Entziehung bewirkt; zum anderen eine durch die eingetretene Rechtskraft auf den Zeitpunkt der vorläufigen Vollstreckbarkeit rückwirkenden Entziehung, also einen Schwebezustand, der erst durch die Rechtskraft beseitigt würde. Nun wäre aber die Folge der zuerst erwähnten Gestaltung, daß im Falle der Aufhebung des die Entziehung aussprechenden vorläufig vollstreckbaren Urteils in zweiter oder dritter Instanz bis zur Aufhebung eine definitive und irreparable Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht vorläge, die nirgends im Gesetz eine Stütze findet. Daher dürfte diese erste Gestaltung nicht im Sinne des Gesetzes liegen. Der zuletzt erwähnten Auffassung steht entgegen, daß die Entziehung durch gerichtliche Entscheidung bei der Abfassung der §§ 117, 127 gerade deswegen gewählt worden ist, weil man Schwebezustände vermeiden wollte (vgl. § 13 III). Hiernach ist auch ohne eine ausdrückliche Bestimmung anzunehmen, daß die Entziehung erst mit der Rechtskraft des Urteils eintreten kann, insoweit also eine vorläufige Vollstreckbarkeit unmöglich und daher die Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit, wenn erfolgt, insoweit unwirksam ist[27]).

3. Einstweilige Verfügungen dagegen können kraft des zugelassenen freien richterlichen Ermessens (§ 938 ZPO) eine vorläufige Entziehung bestimmen. Daher greifen die unter 2 aufgeführten Bedenken gegen die vorläufige Vollstreckbarkeit hier nicht Platz. Da nun eine solche einstweilige Verfügung als rechtsgestaltende Entscheidung zugleich Vollstreckungsakt (s. § 14 A 1) und gemäß § 929 Abs. 1, § 936 ZPO sofort vollstreckbar ist, so ist die durch sie bewirkte Rechtsänderung mit ihrer Veröffentlichung vollendet, also im Falle des Urteils mit der Verkündung, im Falle des Beschlusses mit der Zustellung durch die Antragsteller an den Betroffenen gemäß §§ 922

[26]) Vgl. RG Bd. 16 S. 421, Bd. 25 S. 377; OLG Karlsruhe in Rspr. Bd. 13 S. 179 f., OLG Hamburg in Seuff. Arch. Bd. 48 Nr. 160.

[27]) Ebenso i. E. Kamm. Ger. in RJA Bd. 11 S. 226; vgl. Stein § 708 I 3 und 4, S. 385/86.

Abs. 2, 936 ZPO. Hierüber herrscht für den Fall des Beschlusses kein Streit[28]). Im Falle des Urteils ist hinsichtlich der Wirksamkeit die Sachlage ähnlich, wie beim ordentlichen Verfahren. Ebenso wie dort die Zustellung des rechtskräftigen Urteils zur Wirksamkeit der Rechtsänderung nicht erforderlich ist, kann auch hier die Zustellung des verkündeten Urteils nicht notwendig sein[29]). Dementgegen hält neuerdings das Reichsgericht[30]) die Verkündung des Urteils allein nicht für ausreichend und fordert eine Vollstreckung durch Zustellung an den Antragsgegner mit der Begründung, daß eine Vollziehung „stets eine entsprechende Tätigkeit des Impetranten voraussetze". Diese Begründung dürfte nicht zuzugeben sein. Ihr steht schon § 894 ZPO entgegen, der die Vollziehung in den Augenblick der Rechtskraft, nicht erst in eine folgende Zustellung verlegt. Vielmehr wird bei rechtsgestaltenden Entscheidungen die Vollziehung lediglich in der Vorstellung unabhängig von einer Tätigkeit des Antragstellers erfolgen.

4. Die Wirksamkeit einer einstweiligen Verfügung ist ihrer Natur nach nur eine vorläufige. Sie kann eine endgültige werden, wenn der Betroffene sich nicht dagegen wehrt, so wenn er keine Frist zur Klagerhebung (§§ 926, 936 ZPO) erwirkt; ebenso im Falle des Erlasses der einstweilen Verfügung für die Dauer des Hauptprozesses, wenn der Hauptprozeß ruht.

§ 15.

III. Der Antrag.

I. Inhalt des Antrags.

Die Entziehung hat nach § 117, § 127 HGB auf Antrag der übrigen Gesellschafter zu erfolgen. Nach den Ausführungen in § 14 kann dieser Antrag nur Klage beim ordentlichen Gericht bez. beim Schiedsgericht mit nachfolgender Klage auf Vollstreckungsurteil oder Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung sein. Er ist daher nicht etwa beim Registergericht zu stellen[1]). Er richtet sich gegen diejenigen, denen die Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht entzogen werden soll, nicht gegen die Gesellschaft und nicht gegen die bei einem Majoritätsbeschluß überstimmten Gesellschafter[2]). Er geht zum Unterschied vom ADHGB und vom BGB nicht auf Feststellung oder Untersagung von Handlungen, sondern auf Entziehung durch das

[28]) Vgl. Stein § 938 III 1, RG Bd. 21 S. 418, OLG Dresden in Annalen Bd. 22 S. 161 und in Rspr. Bd. 3 S. 21, Kamm.-Ger. in KGJ Bd. 12 S. 103 und Bd. 16 S. 131 und in RJA Bd. 9 S. 249.

[29]) Vgl. RG Bd. 40 S. 384, OLG Hamburg in Rechtspr. Bd. 21 S. 95, Kamm. Ger. in Zeitschr. f. Z. Pr. Bd. 31 S. 117, Markus b. Holdh. 09 S. 22.

[30]) Bd. 51 S. 133 (1902) und in Seuff. Arch. Bd. 66 Nr. 83.

[1]) Brand § 117 4a, 127 2c.

[2]) Lehm.-Ring § 117 Nr. 4.

Gericht. Bei einstweiligen Verfügungen sind nach den Darlegungen in § 14 B II noch andere Anträge möglich, so, daß einem oder mehreren Gesellschaftern oder Dritten Geschäftsführung oder Vertretung übertragen werde[3]).

II. Wesen des Antrags.

Damit, daß das Gesetz den Antrag aller übrigen Gesellschafter fordert, ist ausgedrückt, daß das auf Entziehung gerichtete Gestaltungsrecht nur allen übrigen Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht und deshalb nur von ihnen allen zusammen geltend gemacht werden kann. Einem Einzelnen der übrigen steht das Entziehungsrecht nicht zu. Die Einzelklage ist daher unschlüssig und führt deshalb, ohne daß es besonderer Einrede bedarf, zur Sachabweisung. Sie ist zulässig, aber unbegründet[4]). Der Antrag aller übrigen ist bürgerlich-rechtliche Form der Ausübung des Gestaltungsrechts, nicht Prozeßvoraussetzung.

III. Im einzelnen:

1. Vorbemerkung. Da die übrigen als Einzelne zur Klage nicht legitimiert sind, so sind bei der von allen übrigen erhobenen Klage die Kläger notwendige Streitgenossen i. S. von § 62 ZPO[5]). Die sich daraus ergebenden an sich recht interessanten Folgen (insbesondere bei Verzicht oder Anerkenntnis Einzelner) zu untersuchen, ist nicht Aufgabe dieser bürgerlich-rechtlichen Abhandlung.

2. Der Antrag in Form der Klage.

a) Alle außer den Verklagten müssen den Antrag stellen. Also können die übrigen gegen einen, mehrere gegen die übrigen, einer gegen die übrigen, also auch einer gegen den anderen — wenn die Gesellschaft nur aus zwei Gesellschaftern besteht[6]) — Klage erheben. Dabei ist jedoch zu beachten, daß die Entziehung der Vertretungsmacht unzulässig ist, wenn dadurch die Gesellschaft vertretungslos würde (s. o. § 10, insbesondere unter 8). So kann, wenn die Gesellschaft nur aus zwei Mitgliedern besteht, der von der Vertretung Ausgeschlossene nicht gegen den Anderen auf Entziehung der Vertretungsmacht klagen. Ferner ist zu berücksichtigen, daß das Gesetz die Klage auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis von einer solchen auf Entziehung der Vertretungsmacht streng sondert und bei der Verschiedenheit der Begriffe in der Entziehung der einen nicht die der anderen liegt (vgl. unten § 18 II 1).

---

[3]) So Staub § 117 Anm. 6.

[4]) So Stein § 59 I, § 62 III Abs. 1, RG Bd. 71 S. 370. Dagegen erkennt Hellwig Zpr. Bd. 3 S. 99 zwar an, daß nicht Prozeß-, sondern Klagabweisung erfolgt; er meint aber, daß nur das Recht verneint werde, im Wege der Einzelklage das Urteil zu verlangen, also keine Entscheidung über den Prozeßgegenstand erfolge, sodaß Abweisung als unzulässig erfolgen müsse und daher Wiederholung der Klage möglich sei. Dies dürfte nicht zuzugeben sein; denn es wird tatsächlich ein materielles Einzelrecht verneint; die „Wiederholung" durch alle übrigen ist gar keine Wiederholung, sondern eine Klage mit ganz anderem materiellen Gegenstand.

[5]) Goldmann § 117 Nr. 11, Schmidt S. 63, Hill S. 93.

[6]) Vgl. Komm. Ber. S. 55.

Wenn daher mehrere Gesellschafter verklagt werden, so kann sich die Klage nicht gleichzeitig gegen den einen nur auf Entziehung der Vertretungsmacht und gegen den anderen nur auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis richten; denn dann würde gegen jeden der Antrag des Mitverklagten fehlen. Dagegen ist es zulässig, zwei Gesellschafter zugleich auf Entziehung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht zu verklagen. Haben zwar alle übrigen geklagt, leidet aber die Klagerhebungshandlung an einem wesentlichen Mangel bezüglich eines Gesellschafters (z. B. Prozeßunfähigkeit), so ist die Klage insoweit unzulässig. Die Rechtslage ist genau so, als wenn die anderen allein geklagt hätten, also ist sie bezüglich der übrigen als unbegründet abzuweisen[7]).

Weiter ergibt sich aus dem Gesagten, daß die Klage unbegründet wird, wenn ein Gesellschafter als Kläger fortfällt, so, wenn ein Gesellschafter stirbt, ohne daß sich laut Vertrag dadurch die Gesellschaft auflöst und ohne daß die Erben eintreten, oder wenn ein Gesellschafter die Klage zurücknimmt[8]). Ein solches Wegfallen kann auch dadurch geschehen, daß die Klage hinsichtlich eines von mehreren Verklagten als unbegründet abgewiesen wird. Makower[9]) vertritt hier die Ansicht, daß insoweit das Erfordernis des Antrags aller übrigen entfalle. Dies ist nicht zuzugeben. Die Notwendigkeit einer derartigen Entscheidung folgert Makower daraus, daß sonst in den Fällen, wo mehrere sich zu Pflichtwidrigkeiten verbinden, die Möglichkeit einer Entziehung fehle, vielmehr die Auflösung allein Abhilfe schaffen könne. Demgegenüber ist jedoch nicht zuzugeben, daß die Möglichkeit der Entziehung fehlt, wenn mehrere Gesellschafter gemeinsam pflichtwidrig handeln. Wenn sie wirklich hinreichend pflichtwidrig gehandelt haben, dann werden eben alle Verklagten verurteilt; eine Abweisung der

---

[7]) Vgl. Hellwig ZPr. Bd. 3 S. 99.

[8]) Eine derartige Klagerücknahme läßt Stein (zu § 62 V 4) zu, dagegen verneint Hellwig (Z.Pr. Bd. 3 S. 160) ihre Wirksamkeit. Die Hellwigsche Ansicht, die entsprechend seiner Auffassung von der notwendigen Streitgenossenschaft jeden Gesellschafter am Prozesse festhält, solange nicht alle die Klage zurücknehmen, entspricht nicht der Billigkeit. Wenn alle Kläger außer einem im Laufe des Prozesses die Klage für aussichtslos halten, dann wäre der Wille des einen, der Minderheit, entscheidend, und seine Hartnäckigkeit könnte den Mitklägern gegen den Willen aller anderen Gesellschafter überflüssige Prozeßkosten aufladen. Die nach bürgerlichem Recht dem Einzelnen gegebene freie Willensbestimmung wäre dann durch das gerade zum Schutz des bürgerlichen Rechts dienende Prozeßrecht eingeschränkt. Die Auffassung Hellwigs leidet unter übermäßiger Betonung strenger prozeß-technischer Gesichtspunkte, übersieht aber, daß der Prozeß doch nur dem Schutze materiellen Rechts dient und daher beim Widerstreit von Grundsätzen des Prozeßrechts und des materiellen Rechts das letztere den Ausschlag geben muß. Vgl. RG bei Gruch. Bd. 46 S. 665 = JW 02 S. 162 Ziff. 4, OLG Köln in Rspr. Bd. 18 S. 150.

[9]) § 117 I c.

Klage ist nicht zu befürchten. Makowers Ansicht würde dahin führen, daß das Erfordernis der gemeinschaftlichen Klage aller übrigen nur auf dem Papier stände. Denn dann würde jeder einzelne Gesellschafter über den Widerspruch der übrigen Gesellschafter leicht hinwegkommen und allein klagen können, wenn nur alle anderen ebenfalls Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht haben. Er verklagt dann eben nicht nur den, gegen den ein Entziehungsgrund vorliegt, sondern alle übrigen, die sich ihm widersetzten, ebenfalls.

b) Wenn nicht alle übrigen zur Stellung des Antrags zu bewegen sind, so ist zu scheiden, ob schon im Innenverhältnis ein gültiger, auf Stellung des Antrags gerichteter Beschluß vorlag oder nicht. Da die Entziehung nicht zum Betrieb der Gesellschaftsgeschäfte gehört, so haben im Zweifel (§ 109 HGB) alle übrigen Gesellschafter, auch die von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossenen, selbstverständlich außer dem, gegen den sich die Maßnahme richtet[10]), die Klage gemäß § 119 HGB einstimmig zu beschließen[11]). Aus diesem Beschluß erwächst die gegenseitige Verpflichtung zur Klagerhebung.

Wird die Zustimmung zum Beschluß von einem verweigert, dann besteht keine Möglichkeit der Entziehung, es sei denn, daß in der Weigerung ein wichtiger Grund zu erblicken ist, auch ihm die Geschäftsführungsbefugnis bez. Vertretungsmacht zu entziehen; andernfalls bleibt nur die Möglichkeit der Auflösung, falls sich nicht alle bei dem bisherigen Zustand beruhigen.

3. Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung. Es ist die „ordentliche" von der „außerordentlichen" Entziehung zu scheiden. Bei der ordentlichen, auf §§ 117 oder 127 gegründeten einstweiligen Verfügung ist gegenüber dem unter 2 Ausgeführten nichts Besonderes zu bemerken. Ebenso ist es bei der eine Klage auf Ausschließung (§ 140 HGB) oder auf Geschäftsübernahme (§ 142 HGB) vorbereitenden oder begleitenden einstweiligen Verfügung, da auch dort Antrag der übrigen Gesellschafter gefordert wird. Anders aber, wenn die einstweilige Verfügung einer Klage auf Auflösung vorausgeht oder sie begleitet. Da jeder Einzelne nach § 133 HGB das Recht auf Auflösung hat, so muß auch jeder Einzelne das Recht haben, einstweilen den Zustand für die Auflösung vorzubereiten. Daher kann in diesem Falle ein Gesellschafter im Wege einstweiliger Verfügung die Entziehung von Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht erreichen[12]).

---

[10]) Vgl. Staud. § 712 II 3, Mot. z. BGB S. 606.

[11]) Ebenso Staub § 117 2, Lehm.-Ring § 117 Nr. 2.

[12]) Ebenso Staub §§ 117 6, 127 7, Lehm.-Ring § 117 Nr. 6, Tobias S. 15; für das alte Recht ebenso: Behrend § 69 Anm. 10, RDHG Bd. 16 S. 72 ff.

§ 16.

Anhang: Die Eintragung ins Handelsregister.

1. Die Eintragungsfähigkeit der Entziehung.

a) Der Kreis der eintragungsfähigen Tatsachen ist beschränkt auf die im Gesetz oder durch Gewohnheitsrecht zugelassenen. Zu diesen gehört die Geschäftsführungsbefugnis nicht. Daher kann ihre Entziehung auch nicht eingetragen werden. Hierüber herrscht kein Streit[1]).

b) Wohl aber gehört zu den eintragungsfähigen Tatsachen nach § 125 Abs. 4 HGB der Ausschluß von der Vertretungsmacht eines Gesellschafters. Gemäß dem Grundsatz des Handelsgesetzbuchs, daß das Handelsregister deutliche Auskunft über die Vertretungsverhältnisse geben soll, wird unter „Ausschluß" in § 125 nicht nur ein durch Vertrag, sondern auch durch Richterspruch erfolgter anzusehen sein. Auch dies ist unstreitig[2]). Dabei macht es hinsichtlich der Eintragungsfähigkeit keinen Unterschied, ob diese Entziehung im gewöhnlichen Rechtsstreit oder im Wege einstweiliger Verfügung erfolgt ist[3]).

2. Die Eintragungspflicht.

a) Die des Registerrichters. In der Literatur ist die Frage bestritten, ob der Richter bei Eintragung eines Rechtsverhältnisses ins Handelsregister gemäß § 16 HGB an die Entscheidung des Prozeßgerichts ohne weiteres gebunden ist oder das Vorliegen des einzutragenden Rechtsverhältnisses selbständig zu prüfen hat[4]). Beide Ansichten führen in unserem Falle zum selben Ergebnis. Da die gerichtliche Entscheidung hier objektiv, nicht nur inter partes, Recht schafft, kann die Prüfung des Richters sich — abgesehen von sonstigen Formalien — nur darauf erstrecken, ob diese Recht schaffende Wirkung eingetreten ist. Bejaht der Richter diese Frage, dann muß er die einzutragende Tatsache für wahr halten, und daher die Eintragung vornehmen, andernfalls sie ablehnen. Es steht ihm kein Prüfungsrecht darüber zu, ob die Entziehung durch das Prozeßgericht gerechtfertigt war[5]).

b) Eintragungspflicht für die Gesellschafter. Hier handelt

---

[1]) Vgl. Ehrenberg S. 530, 531, Staub §§ 117 2 und 6 und Exkurs zu § 8 Anm. 6, Dür.-Hach. § 8 II 1b, Mak. § 12 V, Kamm.-Ger. in KGJ Bd. 29 Abt. A S. 213, Markus b. Holdh. 06 S. 67, 68, Kamm.-Ger. in RJA Bd. 4 S. 30.

[2]) Vgl. Staub § 127 2, Mak. § 127 Anm. VI, Denkschr. S. 30, Markus b. Holdh. 07 S. 20 f.

[3]) Vgl. Ehrenberg Hdb. S. 581 f, 586, v. Górski S. 146.

[4]) Für die erste Ansicht: Staub § 16 3, Ritter § 16 1, Mak. § 16 Va, Markus b. Holdh. 09 S. 22 f, für die zweite: Brand § 16; vermittelnd Ehrenberg S. 581, Lehm. S. 144.

[5]) Vgl. Ehrenberg Hdb. S. 578, Staub § 16 3, Markus b. Holdh. 09 S. 23.

es sich um die Frage, ob die Gesellschafter verpflichtet sind, die Entziehung zur Eintragung anzumelden. Da unter „Ausschluß" in § 125, wie dargelegt, auch die durch Richterspruch erfolgte Entziehung zu verstehen ist, folgt aus § 125 HGB die Pflicht zur Anmeldung für sämtliche Gesellschafter bei Strafe der Folgen aus §§ 14, 15 HGB. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Entziehung durch einstweilige Verfügung oder durch Urteil im gewöhnlichen Rechtsstreit ausgesprochen ist[6]). Der Meinung von Staub[7]), im Falle der einstweiligen Verfügung stehe im Belieben der Parteien, von der Entscheidung des Gerichts Gebrauch zu machen, insbesondere, da die Eintragung nach § 717 ZPO eventuell schadensersatzpflichtig mache, kann mindestens dann nicht beigepflichtet werden, wenn ein neuer eintragspflichtiger Rechtszustand erzeugt wird, wie in unserem Falle. Die rein privaten Interessen der Einzelnen müssen hier dem im allgemeinen Interesse der Verkehrssicherheit aufgestellten Grundsatz des Handelsgesetzbuchs weichen, daß das Handelsregister verläßliche Auskunft über die Vertretungsverhältnisse geben soll.

Die Erfüllung der Anmeldepflicht ist vom Registergericht nötigenfalls zu erzwingen (§ 14 HGB, §§ 132 ff FGG)[8]).

3. Voraussetzungen der Eintragung.

a) Nach § 125 Abs. 4 HGB müßte die Anmeldung durch alle Gesellschafter erfolgen. Da aber der Verurteilte ohne Not nicht zur Anmeldung bereit sein wird, bestimmt § 16 HGB, daß die Anmeldung der übrigen Beteiligten genügt, wenn durch eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung des Prozeßgerichts ein Rechtsverhältnis, bezüglich dessen eine Eintragung zu erfolgen hat, gegenüber einem von mehreren bei der Vornahme der Anmeldung Beteiligten festgestellt wird. Nun wird zwar durch die Entscheidung in unserem Falle streng genommen kein Rechtsverhältnis festgestellt, sondern neu gestaltet, doch ist § 16 seinem Sinne nach auch hier anzuwenden, so selbst dann, wenn es sich nur um eine einstweilige Verfügung handelt. Es bedarf also der Anmeldung durch den Verurteilten nicht[9]). Die Mitwirkung des Betroffenen ist aber nur dann gemäß § 16 entbehrlich, wenn eine Entscheidung des Prozeßgerichts vorliegt. Daher genügt die Anmeldung der Uebrigen nicht, wenn es sich nur um einen in dem Rechtsstreit geschlossenen Vergleich handelt; denn dann liegt ein reiner Gesellschaftsvertrag vor[10]). Ein Antrag des

---

[6]) So Staub § 127 2, a. M. derselbe in § 16 Anm. 4.
[7]) § 16 Anm. 4.
[8]) Näheres Ehrenberg S. 593 ff.
[9]) So schon die Denkschr. S. 30, ebenso Brand § 16 2 bb, § 127 2 e; vgl. auch Kamm.-Ger. in KGJ Bd. 37 Abt. A S. 143, LG Berlin in Holdh. 07 S. 20; wohl nur versehentl. Goldm. § 127 Nr. 4: „von sämtlichen Gesellschaftern".
[10]) Ebenso Staub § 16 2, Ehrenberg S. 598, Dür.-Hach. § 16 II 1a. Ritter § 16 1, Brand § 16 2 a, Kamm.-Ger. in Rspr. Bd. 14 S. 336.

Unterliegenden genügt nicht[11]), ebensowenig eine Anordnung oder ein Ersuchen des Prozeßgerichts[12]).

b) Nach den Darlegungen unter 2a ist die Wirksamkeit der Entscheidung des Prozeßgerichts nachzuweisen. Daher ist gemäß den in § 14 C gewonnenen Ergebnissen die vollstreckbare Urteilsausfertigung mit Rechtskraftszeugnis, bei Schiedssprüchen das mit Rechtskraftszeugnis versehene Vollstreckungsurteil vorzulegen, bei einstweiligen Verfügungen die Ausfertigung des Beschlusses nebst der Urkunde über dessen Zustellung an den Betroffenen[13]), wobei der Registerrichter die Einhaltung der Frist des § 929 Abs. 2 ZPO zu beachten hat (vgl. 4).

Im Falle der Entziehung im Wege einstweiliger Verfügung durch *Urteil* bedarf es nach dem in § 14 C 3 Gesagten lediglich der Vorlegung der Urteilsausfertigung. Bei einer Entscheidung durch Urteil (im ordentlichen Verfahren oder bei einstweiliger Verfügung) bedarf es der Zustellung nicht[14]), da der in Frage kommende § 750 ZPO sich nur auf die Zwangsvollstreckung im engeren Sinne bezieht, die Eintragung ins Handelsgericht aber, wie unter 4 zu erörtern sein wird, eine solche nicht darstellt. Dabei genügt die Vorlegung einer Ausfertigung des *Tenors*[15]).

Es bedarf nicht erst besonderer Verordnung des Prozeßrichters auf Eintragung. Diese ist sogar unwirksam[16]).

Keines Nachweises bedarf im Falle der Einsetzung eines anderen Vertretungsermächtigten durch einstweilige Verfügung, daß der Eingesetzte die Stellung *angenommen* hat. Eine derartige Annahme ist zwar erheblich für die Entstehung einer *Vertretungsbefugnis* und *Vertretungspflicht*, nicht aber für *Vertretungsmacht*, da diese der Annahme nicht bedarf (§ 167 BGB).

4. Natur der Eintragung.

Die Entziehung ist, wie wir gesehen haben, bereits erfolgt, sobald die Entscheidung wirksam geworden ist. Dies gilt nach außen hin genau so, wie nach innen; denn nach § 15 HGB ist die Entziehung der Vertretungsmacht auch *ohne* Eintragung dem Dritten gegenüber wirksam, wenn er die Entziehung kannte. Daher ist es falsch, wenn behauptet wird[17]), die Entziehung der Vertretungsmacht werde nach außen erst mit der Eintragung wirksam.

---

[11]) Staub § 16 2.

[12]) Staub § 16 2, Kamm.-Ger. in Rspr. Bd. 14 S. 336.

[13]) Vgl. Brand § 127 2e.

[14]) So Ehrenberg S. 586, Markus b. Holdh. 06 S. 67/68.

[15]) So Ehrenberg S. 586 87, dessen Ausführungen entgegen der Meinung v. Markus b. Holdh. 06 S. 67/68, der eine mit Gründen versehene Ausfertigung verlangt, beizutreten ist.

[16]) So Ansch.-v. V. Art. 101 IV, Brand § 16 2d, Gruch. Bd. 10 S. 86.

[17]) Von Lehm.-Ring § 127 Nr. 6, Schmidt S. 53.

Da die Vollstreckung einer Entscheidung die zwangsweise Durchsetzung von deren Formel ist, diese aber hier bereits mit der Wirksamkeit der Entscheidung durchgesetzt ist, so erhellt, daß die Eintragung ins Handelsregister nur eine der Vollstreckung nachfolgende Handlung sein kann. Die Pflicht, die Eintragung zu dulden, ergibt sich nicht aus der Entscheidung, sondern aus den besonderen Bestimmungen der §§ 125, 16 HGB. Da somit die Eintragung nicht Teil der Vollstreckung ist[18]), so ist ein Hinauszögern ihrer Vornahme ohne Einfluß auf die Monatsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO. Der Registerrichter darf also die Eintragung nicht ablehnen, wenn seit der Verkündung des Urteils oder der Zustellung des Beschlusses an den Antragsgegner mehr als ein Monat verflossen ist, wenn nur im Falle des Erlasses durch Beschluß die einstweilige Verfügung innerhalb dieser Frist durch Zustellung vollstreckt ist[19]). Im Falle des Erlasses der einstweiligen Verfügung durch Urteil bedarf es nach den in § 14 C 3 gewonnenen Ergebnissen überhaupt keiner Fristeinhaltung, da die Vollstreckung schon mit der Verkündung erfolgt[20]).

5. Ueber die Wirkung der Eintragung s. § 17 I b.

IV. Hauptabschnitt.

Die Wirkungen der Entziehung.

§ 17.

A. Die Wirkungen auf den unmittelbar von der Entziehung Betroffenen.

I. Bedeutung der Entziehung.

a) Mit dem Wirksamwerden der Entscheidung, welche die Geschäftsführungsbefugnis entzieht, ist dem Betroffenen verboten, Geschäftsführungshandlungen vorzunehmen. Nimmt er trotzdem solche vor, so beurteilt sich sein Verhältnis zur Gesellschaft nach den Regeln der unbeauftragten Geschäftsführung (§§ 677 ff. BGB). Dabei wird im Zweifel anzunehmen sein, daß die Uebernahme der Geschäftsführung ihm erkennbar mit dem Willen der Geschäftsführenden in Widerspruch steht, sodaß hier auch ohne Verschulden gehaftet wird (§ 678 BGB), es sei denn, daß einer der in §§ 679, 680, 682 BGB angeführten Fälle vorliegt.

---

[18]) Ebenso Staub § 127 7, OLG Dresden in Ann. Bd. 22 S. 162=Rspr. Bd. 3 S. 21, Kamm. Ger. in KGJ Bd. 37 Abt. A S. 144=RJA Bd. 9 S. 249, Markus b. Holdh. 09 S. 22 und 23.

[19]) Vgl. Kamm.-Ger. und OLG Dresden a. a. O., ferner RG Bd. 21 S. 418, Bd. 51 S. 132, Rspr. Bd. 16 S. 332, Hill S. 94.

[20]) Vgl. OLG Hamburg in Rspr. Bd. 21 S. 95, Kamm. Ger. in Zeitschr. f. Ziv.Pr. Bd. 31 S. 117.

Da nur die Geschäftsführungsbefugnis entzogen ist, behält der Betroffene das Recht zur Vornahme von Handlungen, die nicht gemeinschaftlicher Natur sind, sondern ihn als Einzelgesellschafter betreffen. Er behält also unter anderem das Recht, die Gesellschaft zu kündigen, Ansprüche gegen andere Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvertrage geltend zu machen oder Klage auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht mit den übrigen Gesellschaftern zu erheben[1]). Ferner bleibt ihm, wenn ihm die Vertretungsmacht bleibt, auch die Macht und das Recht, die Gesellschaft Dritten und den Gesellschaftern (vgl. § 6) gegenüber zu vertreten.

Auch bleibt ihm im Zweifel das Recht und die Pflicht zur Teilnahme an der Beschließung und Vornahme von Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen, da das Handelsgesetzbuch (§§ 116 Abs. 2, 119 HGB) hierzu die Zustimmung *sämtlicher*, also auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter, fordert.

Ein Fortbestehen der Geschäftsführungsbefugnis im Falle der Unkenntnis von der Wirksamkeit der Entscheidung fingiert das Gesetz nicht, wie sich aus der Vergleichung von § 105 Abs. 2 HGB und § 713 BGB einerseits und den in § 713 BGB nicht mit angeführten §§ 672—674 BGB andererseits, sowie arg. e contrario § 729 BGB ergibt.

b) Die Entziehung der *Vertretungsmacht* bewirkt, daß der Betroffene die Gesellschaft nicht mehr vertreten *kann*[2]). Dies gilt auch hinsichtlich der Vertretung der Gesellschaft gegenüber einzelnen Gesellschaftern (s. o. § 6)[3]). Nimmt der Betroffene im Namen der Gesellschaft ein Rechtsgeschäft vor, so sind §§ 177—180 BGB anzuwenden. Insbesondere haftet er bei Abschluß von Verträgen, wenn keine Genehmigung durch die vertretenden Gesellschafter erfolgt, in der Regel nach Wahl des Vertragsgegners auf Erfüllung oder Schadenersatz (§ 179 BGB). Dieser Grundsatz wird aber in der Regel durchbrochen. Da die Entziehung der Vertretungsmacht eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache ist, so kann sie von der Gesellschaft nach § 15 HGB Dritten nur dann entgegengesetzt werden, wenn sie eingetragen und bekannt gemacht war oder wenn sie dem Dritten ohnedies bekannt war. Selbst Eintragung und Bekanntmachung schützen aber nicht, wenn der Dritte die Entziehung weder kannte, noch kennen mußte.

c) Daß durch Gesellschaftsvertrag, also im Zweifel Einigung *aller* Gesellschafter der Betroffene in seine frühere Stellung wieder eingesetzt werden kann, ergibt die Vertragsfreiheit (§ 109 HGB). Zu erwägen

---

[1]) Vgl. Goldm.-Lil. S. 742, 743, Knoke S. 56.

[2]) Ungenau Brand § 127 2 e: „darf".

[3]) Anderer Meinung müssen naturgemäß die sein, welche die Gesellschaft den Gesellschaftern gegenüber durch die Geschäftsführenden vertreten lassen.

wäre, ob die übrigen Gesellschafter durch einseitigen Beschluß den Betroffenen wieder in seine frühere Rechtsstellung zurückversetzen können. Die Antwort muß verneinend lauten. Denn das Urteil ersetzt die Zustimmung des Betroffenen. Die Sachlage ist demnach genau so, wie wenn vertraglich der Ausschluß erfolgt wäre. Es kann dem Betroffenen unmöglich zugemutet werden, gegen seinen Willen Pflichten aufgedrängt zu erhalten, die er nach der gegebenen Rechtslage nicht hat. Ist aber der Betroffene mit der Wiedereinsetzung einverstanden, dann liegt kein einseitiger Beschluß, sondern Vertrag vor. Das Recht einer einseitigen Restitution wäre ein weder aus dem Gesetz, noch aus der Natur der Sache zu begründendes Gestaltungsrecht. Daher ist es unrichtig, wenn Makower[4]) meint, wenn die übrigen Gesellschafter auf die durch die Entziehung erworbenen Rechte verzichten, trete die ursprüngliche Lage wieder in Kraft. Dies ist um so unrichtiger, als die übrigen Gesellschafter, wie wir noch sehen werden, gar keine Rechte durch die Entziehung erwerben.

Die erfolgte Entziehung, ja auch schon die bloße Klage auf Entziehung, kann unter Umständen für den Betroffenen einen wichtigen Grund zur Auflösungsklage nach § 133 HGB bilden, insbesondere bei fehlendem Verschulden und — im Falle der Klagabweisung — bei böswilliger Verleumdung[5]).

II. Die Wirkungen der Entziehung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht in ihrem gegenseitigen Verhältnis.

1. Im Allgemeinen.

Aus der Verschiedenheit der Begriffe Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht folgt, daß in der Entziehung der einen nicht ohne weiteres die der anderen liegt[6]), wie auch das Gesetz dadurch anerkennt, daß es die Entziehbarkeit je besonders regelt. § 168 BGB ist unanwendbar, da er nur für die Vollmacht, nicht für die wesensungleiche gesellschaftliche Vertretungsmacht gilt. Da § 715 BGB, wonach die Vertretungsmacht, wenn sie in Verbindung mit der Befugnis zur Geschäftsführung erteilt ist, nur mit dieser entzogen werden kann, für die offene Handelsgesellschaft nicht gilt[7]), ist Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht je für sich entziehbar. Den aus der gesonderten Entziehung sich ergebenden Schwierigkeiten wird in der Praxis in der Regel damit begegnet, daß beide Klagen in sogenannter objektiver Klagenhäufung verbunden werden. Die Gesellschafter können sich aber absichtlich auf Entziehung des einen von beiden beschränken; denn es kann eine zur Vertretung ungeeignete Person als Geschäftsführer gute Dienste leisten und umgekehrt.

---

[4]) § 117 I a 1.

[5]) Lehm.-Ring § 117 Nr. 9, Tobias S. 14 Anm. 2, ROHG Bd. 20 S. 168.

[6]) Ritter §§ 117 3, 127 3, Staub § 117 1, Lehm.-Ring § 127 Nr. 4.

[7]) Denkschr. S. 93, Goldm. § 127 Nr. 7, Lehm.-Ring § 27 Nr. 4.

Wird nur die Befugnis zur Geschäftsführung entzogen, so erlischt auch notwendig die Pflicht dazu. Die Befugnis und damit die Pflicht zur Vertretung bleibt jedoch nach dem in § 9 IV 2a Ausgeführten neben der Vertretungsmacht bestehen.

Wird nur die Vertretungsmacht entzogen, so bleiben Recht und Pflicht zur Geschäftsführung bestehen, soweit sie ohne Vertretungsmacht überhaupt noch ausgeübt werden kann [8]). Dagegen erlischt die Vertretungsbefugnis (vgl. o. § 9 IV 2b) und demzufolge notwendig auch die Pflicht dazu.

Die Rechtslage bei Entziehung der Vertretungsmacht ohne gleichzeitige Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis bietet hiernach keine Schwierigkeiten. Der Betroffene darf und soll selbständige Entschließung fassen, wie vorher, lediglich Vertretungshandlungen sind ihm untersagt und unmöglich gemacht. Dagegen bedarf der umgekehrte Fall näherer Erörterung.

2. Die Rechtslage bei Entziehung von Geschäftsführungsbefugnis ohne gleichzeitige Entziehung von Vertretungsmacht ist in der Literatur noch nirgends untersucht, obwohl die hier auftauchenden Fragen auch ohne Rücksicht auf eine Entziehung bei normaler Verteilung von Geschäftsführung und Vertretung von Bedeutung sind, da dort — so bei außergewöhnlichen Handlungen i. S. von § 116 HGB — in gewissem Umfange Vertretungsmacht ohne Geschäftsführungsbefugnis besteht und deshalb auch dort von Wichtigkeit ist, unter welchen Voraussetzungen und wie die Vertretung erfolgen darf und soll.

Hinsichtlich der Vertretungsmacht und des Fehlens der Geschäftsführungsbefugnis bedarf es keiner Ausführung. Zweifelhaft bleibt der Umfang der Vertretungsbefugnis und Vertretungspflicht.

a) Nach den im § 7 gewonnenen Ergebnissen darf und soll der Vertretungsermächtigte Vertretungshandlungen vornehmen, wenn darauf gerichtete Beschlüsse der geschäftsführenden Gesellschafter vorliegen. In deren Sinn hat er auch die Beschlüsse auszuführen. Er selbst hat ja nicht das Recht der Initiative. Seine Unselbständigkeit zeigt sich darin, daß er lediglich im Sinne der Geschäftsführenden zu handeln hat, selbst wenn er entgegengesetzte Maßnahmen für zweckmäßig halten sollte, ferner darin, daß die Geschäftsführenden ihm jederzeit maßgeblich andere Weisungen geben können. Die Pflicht zur Auslegung des Sinnes, den der Beschluß der Geschäftsführenden hat, beurteilt sich nach der allgemeinen Pflicht zur Sorgfalt, die jeder Gesellschafter schuldet, also nach der diligentia quam suis (§§ 708 BGB, 105 HGB). Verlangt also der Vertragsgegner vom Vertretungsermächtigten einen erheblich höheren Kaufpreis, als die Geschäftsführenden bewilligt haben, so darf er im Zweifel nicht kaufen, selbst wenn er den Preis für angemessen hält, es sei denn, daß er nach

[8]) Staub § 117 1, § 127 1; a. M. Volze Bd. 9 S. 945.

den Umständen annehmen darf, daß die Geschäftsführenden damit einverstanden sein würden und mit dem Aufschube Gefahr verbunden wäre (analog § 665 vbd. mit § 713 BGB, 109 HGB).

b) Sobald der Vertreter in maßgeblicher Weise von Beschlüssen der Geschäftsführenden Kenntnis erlangt, ist er zur Vornahme der entsprechenden Vertretungshandlung berechtigt und verpflichtet. Daß dies gerade in der Form der Weisung erfolgt, wie es praktisch ja die Regel sein wird, ist unwesentlich. Sind mehrere Vertreter vorhanden, so entscheidet der Inhalt des Beschlusses, wer von ihnen die Vertretungshandlung vornehmen darf und soll. Im Zweifel ist jeder zur Vornahme befugt und verpflichtet; aus der allgemeinen Pflicht zur Sorgfalt ergibt sich aber, daß die einzelnen Vertreter sich erst vorher verständigen müssen, da sonst dieselben Rechtsgeschäfte möglicherweise mehrere Male gleichzeitig abgeschlossen werden, so z. B. mehrere ohne Kenntnis von einander dieselben Warenarten kaufen, die nur einmal gekauft werden sollten.

c) Prüfung der Gültigkeit der Beschlüsse. Auszuführen sind selbstverständlich nur gültige Beschlüsse. Gültig sind aber nur solche, die innerhalb der Befugnisse der Beschließenden liegen. Zweifelhaft ist es nun, wie weit sich das Recht und die Pflicht des Vertreters zur Prüfung der Gültigkeit, also der Befugnisse der Beschließenden erstreckt. Zweifellos ist, daß er Beschlüsse eines von der Geschäftsführung Ausgeschlossenen nicht ausführen darf, ebenso nicht Beschlüsse eines Geschäftsführenden, deren Ausführung ein anderer Geschäftsführender widersprochen hat (§ 115 Abs. 1 HGB). Wie aber, wenn ein Geschäftsführender ein außergewöhnliches Geschäft beschlossen oder wenn ein Gesamtgeschäftsführer ohne Verzugsgefahr ein Geschäft allein beschlossen hat? Muß und darf der Vertreter prüfen, ob gewöhnliches Geschäft bez. Verzugsgefahr vorlag?

Es wird davon auszugehen sein, daß das Recht und die Pflicht der Prüfung sich im Zweifel nur auf die formalen Erfordernisse des Beschlusses erstreckt, dagegen in der Regel dort seine Grenze hat, wo die Prüfung eine Kenntnis der Geschäftslage voraussetzt und sich auf die wirtschaftliche Tragweite der vorzunehmenden Handlung erstreckt. Daher liegt die Entscheidung hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit des Beschließenden, hinsichtlich des Ausschlusses von der Geschäftsführungsbefugnis, hinsichtlich des Vorliegens der erforderlichen Majorität (wenn erkennbar außergewöhnliche Geschäfte beschlossen werden) beim Vertretungsermächtigten. Dagegen liegt die Entscheidung, ob — im Falle der Gesamtgeschäftsführung — Gefahr im Verzug oder ein gewöhnliches Geschäft, also Einzelgeschäftsführungsbefugnis vorlag, bei dem beschließenden Geschäftsführer. Wenn daher ein Geschäftsführer dem Vertreter ein Rechtsgeschäft überträgt, das dieser für ein außergewöhnliches hält, so wird er zwar dem Beschließenden und den übrigen Gesellschaftern seine Bedenken kraft seiner allgemeinen

Pflicht zur Sorgfalt mitzuteilen und deren Entschließung abzuwarten haben, wenn es die Zeit zuläßt; wenn die Zeit aber zu knapp ist, so ist er befreit, wenn er ohne weiteres den Beschluß ausführt. Wenn ein Gesamtgeschäftsführer allein einen Beschluß faßt, so darf ihn der Vertreter kraft seiner formalen Prüfungspflicht nicht ausführen; er darf und muß es jedoch mit der eben angeführten aus seiner Sorgfaltspflicht entspringenden Modifikation, wenn der Beschließende ihn darauf hinweist oder unmittelbar aus dem Beschluß zu ersehen ist, daß Verzugsgefahr besteht.

d) Anwendbarkeit der Vorschriften über den Auftrag. In § 105 Abs. 2 HGB, § 713 BGB verweist das Gesetz auf gewisse Vorschriften über den Auftrag. Da der begriffliche Unterschied zwischen Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsbefugnis sowie Geschäftsführungspflicht und Vertretungspflicht, wie wir sahen, lediglich im Fehlen der Initiative bei der Vertretungsbefugnis liegt, so wird man sagen müssen, daß die Vertretungsbefugnis und Vertretungspflicht dem Auftrag noch näher stehen, als die Geschäftsführung. Daher wird § 713 BGB auf das Vertretungsinnenverhältnis analog anwendbar sein. Es sind daher die §§ 664—669 BGB (§ 670 ist ersetzt durch § 110 HGB) entsprechend anzuwenden. Daraus ergibt sich die Pflicht zur persönlichen Vornahme (§ 664 „im Zweifel"), die Auskunfts- und Rechenschaftspflicht (§ 666), die Pflicht zur Herausgabe des durch die Vertretung Erlangten (§ 667), die Pflicht zur Verzinsung für sich verwendeten Geldes, das an sich der Gesellschaft herauszugeben oder für sie zu verwenden wäre (§ 668), das Recht auf Vorschuß (§ 669), insbesondere aber das Recht des Vertretenden, von den Beschlüssen der Geschäftsführer abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen durfte, daß der Beschließende bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde, mit der Maßgabe, daß — außer bei Verzugsgefahr — die Abweichung dem Beschließenden anzuzeigen und dessen Entschließung abzuwarten ist (§ 665). Zu einer derartigen Abweichung wird der Vertretungsberechtigte nicht nur berechtigt sein, sondern sogar kraft § 708 BGB verpflichtet, wenn die strenge Befolgung des Beschlusses der Gesellschaft nach Ermessen des Vertreters zweifellos Schaden bringen würde[9]).

§ 18.

B. Die Wirkungen auf die übrigen Gesellschafter.

I. Wenn einem Gesellschafter die Vertretungsmacht oder Geschäftsführungsbefugnis oder beides entzogen ist, so richtet sich die Beantwortung der Frage, ob diese Entziehung auf die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht der übrigen Gesellschafter einen Einfluß hat,

[9]) Fischer-Henle § 665 Anm. 1.

insbesondere, ob die gesetzliche Verteilung Platz greift, unstreitig in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrag. Auch darüber herrscht kein Streit, daß die Entziehung auf die Rechtslage der übrigen Gesellschafter dann ohne Einfluß ist, wenn besondere Vertragsbestimmungen über Geschäftsführung und Vertretung fehlen. Es bleibt eben dann die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht gemäß §§ 114 Abs. 1, 125 Abs. 1, 115 Abs. 1 HGB, Artt. 102, 115 ADHGB den übrigen Gesellschaftern, wie vorher[1]).

Besteht insoweit Einigkeit, so ist die Frage, wie sich die Rechtslage der Uebrigen gestaltet, wenn der Gesellschaftsvertrag zwar die Geschäftsführung oder Vertretung abweichend von der gesetzlichen Verteilung geregelt hat, aber keine Bestimmungen darüber enthält, ob diese Regelung bestehen bleiben soll, wenn einem Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht entzogen wird, sehr streitig. Es stehen sich zwei Lager gegenüber. Nach der einen Meinung fällt die ganze vertragliche Regelung fort und es greift die gesetzliche ein, nach der anderen läßt die Entziehung die Rechtslage der übrigen unberührt. Die beiden Ansichten seien hier dargelegt.

II. Die eine Hauptansicht: Fortfall der vertraglichen, Eingreifen der gesetzlichen Regelung.

Die Vertreter dieser Ansicht weichen untereinander ab, je nachdem sie die gegenseitige Abhängigkeit der Vertragsbestimmungen mehr oder weniger betonen.

1. Eine Reihe von Autoren vertritt die Ansicht, daß hier stets die ganze vertragliche Regelung wegfalle und die gesetzliche Platz greife[2]). Sie fassen mit Ausnahme von Staub (6. und 7. Aufl.) nur das alte Handelsgesetzbuch und das Bürgerliche Gesetzbuch ins Auge, wonach nur eine „übertragene" Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht entziehbar ist und meinen, nur die Uebertragnng als solche könne entzogen werden, womit auch der Uebertragung an die Uebrigen der Boden entzogen sei und woraus sich ergebe, daß dann die subsidiäre Regelung des Gesetzes an deren Stelle treten müsse. Staub (6. und 7. Auflage)[3]) stützt sich wesentlich auf praktische Erwägungen. Er meint, man käme sonst zu unlösbaren Schwierigkeiten, insbesondere in dem Falle, wenn A und B Gesamtgeschäftsführung haben, C von

---

[1]) Vgl. Brand § 1174 b (betr. der Geschäftsführung), Lehm.-Ring § 117 Nr. 5.

[2]) So Staub 3. und 4. Aufl. Art. 101 Anm. 5 und 6, 7. Aufl. § 117 Anm. 4 bezgl. der Geschäftsführung, auffälligerweise aber ohne Angabe von Gründen anders bei der Vertretungsmacht (wo er die zweite Hauptansicht vertritt), Puchelt Art. 101 Anm. 7, Herg.-Tuch. S. 118 f. Auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts ist diese Ansicht die herrschende. Vgl. Mot. z. BGB S. 606, Oertm. § 712 4, Staud. § 712 II 2, 5, Planck § 712 1 f (dieser aber nur für den Fall, daß der Betroffene alleiniger Geschäftsführer oder Vertreter war, ohne Begründung, warum dieser Fall anders zu behandeln sein soll), Goldm.-Lilienth. S. 751.

[3]) § 117 Anm. 4 nur bezgl. der Geschäftsführung; vgl. Anm. 2.

der Geschäftsführung ausgeschlossen sei und nun dem A die Geschäftsführungsbefugnis entzogen werde. Wir werden aber sehen, daß diese Schwierigkeiten durchaus nicht so erheblich sind, daß sie dazu führen dürfen, willkürlich Rechtssätze aufzustellen. Dieselben Schwierigkeiten mußte übrigens Staub auch bei der Vertretungsmacht finden. Dort scheut er sich aber, dieselben Folgerungen zu ziehen und vertritt die andere Hauptansicht.

2. Andere berücksichtigen mit Recht den für die Regelung der Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis mutmaßlich maßgebenden Willen der Gesellschafter und meinen, das Fortfallen der gesamten vereinbarten und das Eingreifen der gesetzlichen Regelung sei nur die Regel[4]). Sie begründen ihre Ansicht damit, daß nach dem zu vermutenden Parteiwillen, da alle Teile eines gegenseitigen Vertrags sich zu bedingen pflegen (Makower), die Vereinbarung über die Geschäftsführung und Vertretung im Zweifel als eine einheitliche aufgefaßt werden müsse, die nur als Ganzes oder überhaupt nicht bestehen könne (Reichsgerichtsräte).

3. Noch mehr Gewicht auf den Parteiwillen legt eine dritte Ansicht, die von der Aufstellung einer Regel, ob gegenseitige Abhängigkeit gewollt sei, absieht und die Frage lediglich als Tatfrage ansieht. Nur für den Fall, daß nach den Umständen diese Frage zu bejahen sei, greift nach dieser Ansicht die gesetzliche Regelung ein[5]). So sei in dem Falle, daß bestimmt sei, von drei Gesamtgeschäftsführern oder -vertretern sollen nur je zwei zusammen handeln, gegenseitige Abhängigkeit nicht anzunehmen[6]). Der praktische Unterschied dieser Ansicht von der unter 2 liegt auf dem Gebiete der Beweislast.

4. Kritik:

a) Es ist eine Selbsttäuschung, wenn die genannten Autoren meinen, die gesetzliche Regelung könne Platz greifen. Wenn diese Platz griffe, so würde der Verurteilte ipso jure Vertretungsmacht bez. Geschäftsführungsbefugnis wieder erlangen. Ja, wenn er vorher Gesamtvertretungsmacht gehabt hätte, so würde er durch die Entziehung mehr erhalten, als er vorher hatte. Eine Regelung aber, die nur den übrigen Gesellschaftern volle Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis gibt, ist nicht mehr die gesetzliche. Sie ist eine durchaus willkürliche[7]).

---

[4]) So Mak. § 117 Ia 2 (bezgl. der Geschäftsführung, anders § 127 VI ohne ersichtlichen Grund bezgl. der Vertretungsmacht), Goldm. § 127 Nr. 10 (bezgl. Gesamtvertretung, was er wohl auch auf Gesamtgeschäftsführung angewendet wissen will); bei der bürg. Gesellsch.: RG-Räte § 712 Anm. 5, Staud. § 712 II 2.

[5]) So Goldm. § 117 Nr. 8, Tobias S. 18, 19, wohl auch Markus b. Holdh. 07 S. 21.

[6]) Goldm. § 127 Nr. 9.

[7]) Bei der Gesellschaft des BGB ist Platzgreifen der gesetzlichen Regelung möglich, weil sie Gesamtgeschäftsführung und -vertretung ist, die nicht entzogen werden kann.

b) Eine derartige Regelung widerspricht auch in der Regel dem mutmaßlichen Willen der Gesellschafter. Selbst angenommen, daß alle Vertragsbestimmungen in gegenseitiger Abhängigkeit stehen, so ist doch damit nicht gesagt, daß die Gesellschafter die Geschäftsführung und Vertretung eventuell in der gesetzlichen Weise haben regeln wollen. Ja, im Zweifel ist dies sogar nicht anzunehmen. Denn gerade durch abweichende Regelung haben sie ja kund gegeben, daß sie die gesetzliche Regelung nicht wollten. Es kämen hier unter Umständen Gesellschafter zur Geschäftsführung und Vertretung, die nach dem übereinstimmenden Willen aller Gesellschafter weder Geschäftsführungsbefugnis noch Vertretungsmacht haben sollten, denen zu beidem die nötige Fähigkeit oder Zeit fehlen; es erlangten Gesellschafter Alleingeschäftsführung und Alleinvertretung, denen mit guten Gründen im Gesellschaftsvertrag nur Gesamtgeschäftsführung und -vertretung belassen war. Andererseits würde, wenn ein Gesellschafter auch für außergewöhnliche Handlungen nach dem Vertrag Geschäftsführungsbefugnis hätte, er dadurch, daß einem anderen die Befugnis zur Geschäftsführung entzogen würde, ohne Grund in seinen Rechten eingeschränkt werden.

Nach diesen Erwägungen ist davon auszugehen, daß die Gesellschafter gerade die vereinbarte, keine andere Verteilung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht gewollt haben. Jede Abweichung davon, also auch das Platzgreifen der gesetzlichen Regelung, widerspricht also dem mutmaßlichen Parteiwillen. Wer von Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen war, den wollte man eben nicht an der Verwaltung teilhaben lassen; wer nur Gesamtvertretung hatte, der sollte eben keine Alleinvertretung haben. Es ist sonach unmöglich, ohne in Willkür zu verfallen, eine andere Verteilung als die vereinbarte gelten zu lassen. Eine gesetzliche Bestimmung fehlt aber. Das Gesetz spricht nur von Entziehung, nicht aber von Stärkung oder Abschwächung der Rechte der übrigen.

III. Daher halten wir für die richtige die andere Hauptansicht: Die Entziehung läßt die Rechtslage der übrigen Gesellschafter grundsätzlich völlig unberührt, also fällt im Zweifel weder die vertragliche Regelung fort, noch greift die gesetzliche ein[8]). Darnach gestaltet sich die Rechtslage folgendermaßen:

1. Selbstverständlich ist, daß aus dem Gesellschaftsvertrag sich ergeben kann, daß die gesetzliche oder eine bestimmte andere Regelung

---

[8]) So Staub 9. Aufl. § 117 4, § 127 5, Ritter § 117 3, § 127 3, Brand § 127 2e, Lehm.-Ring § 117 Nr. 5, § 127 Nr. 2, Schmidt S. 54, wohl auch Renaud S. 287 f.; ferner nur für die Vertretungsmacht Mak. § 127 VI (anders bezgl. der Geschäftsführung: § 117 1a) Staub 6. Aufl. § 127 5 (anders betr. der Geschäftsführung § 117 5). Für das bürgerliche Recht ebenso Planck § 712 Anm. 5; dieser nimmt aber den Fall, daß der Betroffene der einzige Geschäftsführer und Vertreter war, ohne Angabe von Gründen aus.

Platz greifen soll. Wer sich jedoch darauf beruft, trägt die Beweislast. Ergibt der Gesellschaftsvertrag nichts, dann gilt folgendes:

2. Keine Schwierigkeiten bereitet der Fall, daß jeder allein Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht hatte, sei es in gewöhnlichem, sei es in erweitertem, sei es in beschränktem Umfange. Hier gilt der frühere Zustand für die Uebrigen weiter[9]).

3. Bei Gesamtgeschäftsführung oder Gesamtvertretung sind verschiedene Fälle möglich:

a) Wenn die übrigen Gesamtgeschäftsführer oder -vertreter noch ausreichen, um gültig Gesamthandlungen vorzunehmen, so entsteht keinerlei Schwierigkeit. So, wenn unter den mehr als zwei Gesellschaftern vereinbart war, daß je zwei zusammen die Geschäfte führen bez. die Gesellschaft vertreten sollen; fällt dann von den drei Geschäftsführenden oder Vertretern bei einem die Geschäftsführung oder Vertretung weg, dann leidet die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht der Uebrigen keine Aenderung. Die Geschäftsführung und Vertretung wird dann eben von den beiden Uebrigen besorgt[10]).

b) Daß die Uebrigen nicht ausreichen im Sinne von a) ist hinsichtlich der Vertretungsmacht nicht denkbar, da wir ja oben in § 10 unter 8 sahen, daß in diesem Falle eine Entziehung der Vertretungsmacht garnicht erfolgen kann[11]).

Denkbar ist es dagegen, daß die Uebrigen im Sinne von a) zur Geschäftsführung nicht ausreichen, z. B. im Falle, daß Gesamtgeschäftsführung *Aller* vereinbart ist. Liegt der zuletzt erwähnte Fall vor, so kann unserem Grundsatz entsprechend die Entziehung die Rechte der übrigen Gesellschafter weder schmälern, noch erweitern. Die Rechtslage ist hier so, daß die Uebrigen *Gesamtgeschäftsführungsbefugnis* behalten. Mangels einer besonderen Vereinbarung können sie diese aber grundsätzlich nicht ausüben, da hierzu die Mitwirkung des Betroffenen nötig ist. Sie fällt aber nicht etwa weg, wie mitunter angenommen wird[12]), und wie die Gegner als Grundlage der Bekämpfung der hier vertretenen

---

[9]) vgl. Lehm.-Ring § 117 Nr. 5, Ritter § 117 3, § 127 3, Brand § 117 4 b.

[10]) Ebenso Lehm.-Ring § 127 Nr. 2; zum selben Ergebnis gelangt Goldm. § 127 Nr. 9 auf Grund seiner unter II 2 b angeführten Theorie.

[11]) Damit entfällt der Streit der herrschenden Ansicht, die ja in diesem Falle die Entziehung zuläßt, darüber, wie die Vertretung der Uebrigen sich hier gestaltet. Während die Meisten konsequent meinen, hier sei die Gesellschaft ohne Vertreter, also sei Regelung durch einstweilige Verfügung, schlimmstenfalls Auflösung der Gesellschaft oder Ausschluß des Betreffenden nötig, (so Staub § 127 5, Mak. § 127 VI, Brand § 127 2e, Lehm.-Ring S. 273, Ritter § 127 3, Hill S. 95/96), vertritt Goldmann § 127 Nr. 10 (ebenso bei der bürgerlichen Gesellschaft Planck § 712 Anm. 1 f) den willkürlichen Standpunkt, die ganze Regelung der Gesamtvertretung falle weg und es trete Einzelvertretung der bisherigen übrigen Gesamtvertreter ein.

[12]) So von Staub § 127 5, Brand § 127 2e, wohl auch Lehm.-Ring § 117 Nr. 5, sämtlich ohne Begründung.

Ansicht in der Regel annehmen[13]), sondern sie *ruht*, es fehlt nur die Möglichkeit der Ausübung[14]). Daß sie vorhanden ist, äußert sich in verschiedener Weise. Bei Verzugsgefahr ist jeder gemäß § 115 Abs. 2 HGB nach wie vor zu *alleinigem* Handeln berechtigt. Eine solche Verzugsgefahr wird, wenn sonst kein Einzelgeschäftsführer vorhanden ist, im Zweifel bei den meisten Handlungen vorliegen, die der gewöhnliche Betrieb des Geschäfts erfordert; denn der Betrieb kann nicht ohne Schaden ruhen. Hiernach erhalten *praktisch* die übrigen Gesellschafter insoweit Alleingeschäftsführungsbefugnis. Es ist jedoch in jedem Falle zu untersuchen, ob im Aufschub Gefahr liegt[15]). Daß die Gesamtrechte der Uebrigen nicht erlöschen, zeigt sich auch, wenn anstelle des Betroffenen durch einstweilige Verfügung ein Anderer gesetzt wird, ohne daß die Verfügung hinsichtlich der übrigen Gesellschafter Anordnungen trifft. Sie erhalten dann durch die einstweilige Verfügung keine Rechte; es ist ihnen aber die Möglichkeit gegeben, ihre vorhandenen Gesamtrechte voll auszuüben.

4. Entsprechendes gilt für andere Fälle. Hat von drei Geschäftsführern A Allein-, B und C aber nur Gesamtgeschäftsführung und dem C wird die Geschäftsführungsbefugnis entzogen, so behält A Alleingeschäftsführung, B kann seine Gesamtgeschäftsführung nur bei Verzugsgefahr ausüben[16]).

5. Schwierigkeiten ergeben sich, wenn nur *ein* Gesellschafter Geschäftsführungsbefugnis[17]) hatte und sie diesem entzogen worden ist. Gemäß unserem Grundsatz ist dann die Gesellschaft ohne Geschäftsführer. Der Fall liegt genau so, wie wenn alle durch Vertrag von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind. Zwar können nunmehr jederzeit alle Gesellschafter gemeinschaftlich handeln; darin liegt aber nicht die Ausübung einer Gesamtgeschäftsführungsbefugnis, die Platz griffe, vielmehr der Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrags dahingehend, daß im vorliegenden Falle ein bestimmtes Geschäft vorgenommen werden soll. Daher ist auch, wenn Gefahr im Verzug liegt, Handeln *aller* Gesellschafter erforderlich. Je nach den Umständen *kann* aber in solchem gemeinsamen Handeln die Vereinbarung einer Gesamtgeschäftsführung, also Begründung des Rechts zum Alleinhandeln bei Verzugsgefahr, liegen. Dies ist aber Tatfrage. Die Beweislast hat der sich auf die Vereinbarung berufende Kläger.

---

[13]) Insbes. *Goldm.* § 127 Nr. 10.

[14]) Ebenso *Ritter* § 117 3, ungenau § 127 3.

[15]) Diese Rechte im Falle der Verzugsgefahr werden in der Literatur übersehen, außer von *Fiedler* S. 63.

[16]) Vgl. *Ritter* § 117 Anm. 3.

[17]) Bei der Vertretungsmacht kann dieser Fall ja nicht eintreten, da die Entziehung nach den in § 10 gewonnenen Ergebnissen hier unzulässig ist.

Es können auch die übrigen Gesellschafter eine anderweite Regelung der Geschäftsführung beschließen. Ein derartiger Beschluß wird aber erst wirksam, wenn der Betroffene ihn ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt. Ist der Betroffene, gleichviel aus welchem Grunde, mit einer anderweiten Regelung der Geschäftsführung nicht einverstanden, so ist die Tätigkeit der Gesellschaft lahmgelegt. Es bleibt in diesem Falle nur die Möglichkeit, daß ein Gesellschafter durch Kündigung oder Klage (§ 132, § 133 HGB) die Auflösung der Gesellschaft herbeiführt oder alle Uebrigen gemäß § 140 HGB den Ausschluß des Betreffenden oder, wenn nur zwei Gesellschafter vorhanden sind, der Andere gemäß § 142 HGB die Geschäftsübernahme erlangt. Zwar kann auch durch einstweilige Verfügung inzwischen die Geschäftsführung geregelt werden; diese schafft aber, wenn der Betroffene sich dagegen wehrt, keine endgültige Abhilfe. Gehen die Gesellschafter nicht in dieser Weise vor, so haben sie selbst die Folgen davon zu tragen, daß sie diesen Fall im Gesellschaftsvertrag nicht vorgesehen haben.

§ 19.

Anhang:

Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen.

Zwar haben wir bisher die den Gesellschaftern gewährte Möglichkeit, von den gesetzlichen Regeln Abweichendes zu bestimmen, schon oft in Betracht gezogen, jedoch scheint es angezeigt, diese Vertragsfreiheit auf ihre Grenzen im Zusammenhange zu untersuchen.

1. Nach § 109 HGB, Art. 90 Abs. 1 ADHGB richtet sich das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage. Erläuternd ist bestimmt, daß die Vorschriften der §§ 110—122 bez. Art. 91—109 dispositiv sind. Kann hiernach über die dispositive Natur des § 117 und des Art. 101 kein Zweifel sein, so fragt es sich, ob für den in § 109 nicht mit aufgeführten § 127, der noch dazu in den Titel: „Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu Dritten" eingereiht ist, das Gleiche gilt[1]). Hier ist zu sagen, daß die Frage, wie die Vertretungsmacht zur Entstehung kommt und wie sie erlischt, eine das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander betreffende Frage ist. Ob derartige Vorschriften im zweiten oder zufällig im dritten Titel enthalten sind, kann nicht entscheidend sein. Die Nürnberger Protokolle[2]) sagen denn auch ausdrücklich, „daß das Gesetz nicht bezweckt habe, alle außerhalb des zweiten Abschnitts (d. i. jetzt: zweiten Titels) liegenden Rechtssätze als streng

---

[1]) Rudorff Erl. zu § 127 meint, § 117 stehe unter dem Parteiwillen, § 127 aber nicht.

[2]) S. 372.

gebietende einzuführen". Wir werden daher den zweiten Halbsatz in § 109 Abs. 1 als unvollständige Erläuterung des ersten Halbsatzes aufzufassen haben [3]).

2. Welche Vereinbarungen gültig und welche ungültig sind, darüber bestehen keine besonderen Vorschriften. Es gelten daher die allgemeinen Vorschriften der §§ 134 ff BGB. Danach sind alle Vereinbarungen zulässig, die nicht gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) verstoßen [4]).

Im einzelnen gilt folgendes:

3. Das anzuwendende Recht können die Gesellschafter bestimmen. Sie können vereinbaren, daß das frühere Recht oder ein anderes, als das deutsche Recht gelten soll, soweit dies nicht nach den folgenden Darlegungen unzulässig ist.

4. Der Gesellschaftsvertrag kann bestimmen, welche Gründe als wichtig im Sinne von § 117, § 127, Art. 101 anzusehen sein sollen. Es können an sich wichtige zu unwichtigen und an sich unwichtige Gründe zu wichtigen gemacht [5]), auch absolute Entziehungsgründe aufgestellt werden [6]). Der Richter ist daran gebunden; er darf nicht der Vereinbarung entgegen das Vorliegen eines wichtigen Grundes bejahen oder verneinen [7]). Jedoch sind gegen die guten Sitten verstoßende Vereinbarungen ungültig [8]). Ein solcher Vorstoß ist dort anzunehmen, wo die wirtschaftliche Freiheit der Einzelnen im Uebermaß beschränkt wird [9]). So ist die Vereinbarung, daß Unterschlagungen oder arglistige Schädigung der Gesellschaft keinen ausreichenden Grund bilden, nach § 138 BGB nichtig [10]). Ferner wird auch eine Vereinbarung, daß auch grundlos, willkürlich entzogen werden kann, gegen die guten Sitten verstoßen. Sonst könnte ein Gesellschafter, der nur deshalb sein Vermögen hineingesteckt hat, weil er an der Verwaltung beteiligt sein sollte, ohne weiteres kalt gestellt werden.

5. Ob die Gesellschafter gültig vereinbaren können, daß die Entziehung durch Beschluß erfolgen soll, statt durch gerichtliche Entscheidung, ist sehr bestritten [11]). Die Ansicht, welche die Zulässigkeit

---

[3]) Vgl. Ritter § 117 5, § 127 4.
[4]) So Staub § 117 5.
[5]) S. die in § 11 Anm. 34 Angeführten, ferner Behrend § 80 Anm. 5 (betr. Ausschließung), Lehm.-Ring § 117 Nr. 3, RG in JW 02 S. 259 Nr. 28.
[6]) Vgl. oben § 11 IV 3a und RG Bd. 24 S. 140.
[7]) Brand § 127 2b, Dettmann S. 65.
[8]) Brand § 117 3, Dettmann S. 65, Schmidt S. 52.
[9]) Vgl. Planck § 712 2.
[10]) So Brand § 117 3, Staub § 117 5, Dettmann S. 65.
[11]) Dafür: Rathsburg S. 41, 42, Ritter § 117 5, Lehm.-Ring § 117 Nr. 1, Tobias S. 15, Rudorff zu § 117 (aber nur betr. der Geschäftsführung); dagegen: Staub § 117 5, Brand § 117 4, § 127 2d, Rudorff zu § 127 (nur betr. der Vertretungsmacht) Hill S. 63, 92, Schmidt S. 52, RG Bd. 38 S. 121 (bezgl. der Ausschließung).

dieser Vereinbarung verneint, begründet dies in doppelter Weise: einmal wird gesagt[12]), die Vorschriften der §§ 117, 127 zeigen öffentlichen Charakter, seien daher zwingend, zum anderen stützt sie sich auf die Behauptung, in einer derartigen Vereinbarung liege ein Verzicht auf den Rechtsweg, dieser sei aber verboten[13]). Beide Meinungen gehen fehl.

Wie wir oben in § 13 unter III gesehen haben, bezweckt die Vorschrift, daß die Entziehung durch Richterspruch erfolgen soll, in erster Linie den Schutz der Gesellschaft und der Gesellschafter. Zwar sollen bei der Entziehung der Vertretungsmacht auch Dritte vor Ungewißheit geschützt werden. Deren Interesse kann aber nicht ausschlaggebend sein. Denn sie brauchen sich ja nur an das Handelsregister zu halten. Solange sie im Ungewissen sind, ob tatsächlich ein wichtiger Grund zur Entziehung vorlag, wissen sie nicht, ob die durch Beschluß erfolgte Entziehung wirksam ist. Daher ist ihnen selbst die mitgeteilte Entziehung nicht „bekannt" und kann ihnen demnach nach § 15 HGB nicht entgegengehalten werden. Ist somit der ausschlaggebende Zweck Schutz der Gesellschaft und der Gesellschafter, so muß es den Gesellschaftern auch freistehen, auf den ihnen zugedachten Schutz zu verzichten. Weder erhebliche rechtliche, noch soziale Bedenken stehen dem entgegen. Es kann daher nicht angenommen werden, daß die Vorschriften öffentlich rechtlicher Natur sind.

Auch ein Verzicht auf den Rechtsweg liegt nicht vor. Die Gesellschafter treffen lediglich über die Form des ihnen zustehenden Gestaltungsrechtes Vereinbarungen. Sie vereinbaren, daß es nicht durch Klage ausgeübt zu werden braucht. Das Gestaltungsrecht wird geformt. Es wird also das materielle Recht geändert. Dabei bleibt es den Gesellschaftern unbenommen, die Widersprechenden vor den Richter zu zwingen. Der Richter hat hier nicht nur das formelle Vorliegen des Beschlusses zu prüfen[14]), sondern, ob der Beschluß zu Recht ergangen ist, ob also ausreichende Gründe vorlagen. Zwar wirkt hier das Urteil deklarativ, aber der Rechtsweg ist deswegen doch unverschlossen[15]). Die Vereinbarung ist sonach unverboten, also, da Verstoß gegen die guten Sitten hier nicht in Frage kommt, gültig.

Allerdings kann trotz Vorliegens einer derartigen Vereinbarung auch durch eine konstitutiv wirkende einstweilige Verfügung (wegen § 938 ZPO), also ohne Beschluß, die Entziehung erfolgen.

---

[12]) So Brand und RG. a. a. O.

[13]) So Staub § 117 5, § 127 2; ebenso betr. § 140 HGB: Staub § 140 6, Goldm. § 140 Nr. 16; a. M. bezgl. § 140 Lehm.-Ring § 140 Nr. 8.

[14]) Wie RG Bd. 38 S. 121 als Grundlage seiner abweichenden Meinung annimmt.

[15]) Daher versieht auch v. Hahn Art. 128 § 7 die Ansicht, daß in dieser Vereinbarung ein Ausschluß des Rechtswegs liege, mit einem Fragezeichen.

6. Nach den Ausführungen unter 5 muß auch die Vereinbarung gültig sein, daß der Antrag auf Entziehung nicht notwendig von allen Uebrigen, insbesondere von jedem Gesellschafter allein gestellt werden kann. Liegt doch auch darin nur eine Formung des Gestaltungsrechts. Das Erfordernis des Antrags aller Uebrigen bezweckt ja auch nicht den Schutz Dritter, sondern nur des Antragsgegners [16]).

7. Vollständiger Verzicht auf Entziehung, also die Vereinbarung, daß die Entziehung überhaupt nicht zulässig ist, ist nach dem unter 2 aufgestellten Grundsatz möglich, soweit nicht ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt [17]). Daher ist ein Verzicht auf Entziehung wegen Veruntreuungen und dolosen Handlungen unzulässig. Da aber anzunehmen sein wird, daß im übrigen der Verzicht auch ausgesprochen wäre, wenn die teilweise Nichtigkeit bekannt gewesen wäre, so ist gemäß § 139 BGB der Verzicht im übrigen wirksam [18]). Daher ist es unrichtig, sowohl wenn der Verzicht für schlechthin zulässig [19]), als auch, wenn er für schlechthin unzulässig [20]) erklärt wird. Den gegen die Zulässigkeit erhobenen Bedenken dürfte keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden können. Nicht entscheidend ist, daß die Entziehung gegen den Zweck der §§ 117, 127 verstößt [21]), da der ausschlaggebende Zweck nur Schutz privater Interessen, nicht des allgemeinen Rechtsverkehrs ist (Näh. oben unter 5). Auch dem Wesen der Gesellschaft „als einer auf gegenseitigem Vertrauen aufgebauten Vereinigung" (Staudinger) dürfte der Verzicht nicht in dem Grade widersprechen, daß er als verboten anzusehen wäre. Bleibt doch der Weg der Auflösung offen. Wir haben vielmehr in der Einleitung erkannt, daß die Entziehbarkeit sich gerade nicht aus dem Wesen der Gesellschaft, sondern nur aus Zweckmäßigkeitserwägungen ergibt. Wenn ferner Planck (a. a. O.) die Nichtigkeit des Verzichts aus der „darin liegenden Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit" herleitet, so ist dem entgegen zu halten, daß dieser Umstand nach dem oben Gesagten in der Regel nur teilweise Nichtigkeit zur Folge hat.

Ist nun ein solcher Verzicht vereinbart, so stehen den Gesellschaftern, um mangelhafter Geschäftsführung oder Vertretung zu begegnen, nur die in der Einleitung genannten Mittel bez. Geschäftsübernahmeklage, sowie die Klage auf Ausschließung zur Verfügung. Allerdings ist trotz des Verzichts die oben sog. „außerordentliche" Entziehung zulässig, da sie sich nicht aus dem Recht auf Entziehung, sondern auf Ausschließung oder Auflösung ergibt [22]).

---

[16]) Ebenso Mak. § 117 Ib, § 127 II. Dagegen Hill S. 93.
[17]) Ebenso Lehm.-Ring § 117 Nr. 1.
[18]) So auch Staub § 117 5, Brand § 117 3; vgl. auch Oertm. § 712 2e.
[19]) So v. Górski S. 102, Herg.-Tuch. S. 120, Tobias S. 15.
[20]) So Staud. § 712 II 6, Knoke S. 65, RGRäte § 712 2, Planck § 712 2.
[21]) So betr. § 712 BGB RGRäte und Knoke a. a. O.
[22]) Vgl. Herg.-Tuch. S. 120.

8. Dagegen ist der Rechtsweg ein Teil der öffentlichen Ordnung und als solcher der Willkür der Einzelnen entzogen. Auf den Rechtsweg kann daher nicht verzichtet werden. Daher ist eine Vereinbarung, daß die Entziehung durch Beschluß unter Ausschluß des Rechtswegs erfolgen soll, insoweit nichtig[23]). Vollständig nichtig ist er nach der Auslegungsvorschrift des § 139 BGB in der Regel nicht. Unerachtet der Vereinbarung ist daher Klage mit folgendem deklarativen Urteil und Erlaß einer konstitutiven oder deklarativen einstweiligen Verfügung möglich[24]).

9. Welche Vereinbarungen hinsichtlich der Wirkung der Entziehung getroffen werden können, ergibt sich ohne weiteres aus der Darstellung in § 18 in Verbindung mit dem vorstehend unter 2 aufgestellten Grundsatz.

---

[23]) Vgl. ROHG Bd. 21, S. 84 ff.

[24]) Aehnl. im Ergebnis mit wertvoller Begründung ROHG Bd. 21 S. 84 (betr. Ausschließung), ferner Staub § 117 6, Brand § 117 4a; vollständig nichtig ist der Beschluß nach Behrend § 80 zu Anm. 5, Renaud S. 495.